Die
Haftung für Mängel
nach § 391 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

ACAD.
LUGD.BAT.
RIBL.

eingereicht von

Otto Joseph Schmitz
Referendar am Königl. Amtsgericht Dresden.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske.
1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0041

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	I. Einleitung	1
§ 2.	II. Voraussetzungen des § 391 HGB.	3
§ 3.	III. Entsprechende Anwendung des § 377 HGB.	5
	IV. Die Mängelrüge selbst und ihre Grundlage, die Untersuchung.	7
§ 4.	A. Die Grundlage der Mängelanzeige ist die Untersuchung	7
§ 5.	Die Untersuchung muß erfolgen, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgange tunlich ist	9
§ 6.	Art und Umfang der Untersuchung.	10
§ 7.	Die Zeit der Untersuchung	12
§ 8.	Der Ort der Untersuchung	15
	B. Die Erstattung der Mängelanzeige.	16
§ 9.	Begriff der Mängelanzeige	16
§ 10.	Der Inhalt der Mängelanzeige	18
§ 11.	Die Form der Mängelanzeige	19
§ 12.	Die Übermittlung der Mängelanzeige	19
§ 13.	Die Erstattung der Mängelanzeige durch die richtige Person	21
§ 14.	Die Erstattung der Mängelanzeige an die richtige Person und Adresse	21
§ 15.	Die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige.	24
§ 16.	Vertragliche Änderung der Frist für Erstattung der Mängelanzeige	26
§ 17.	Die Kosten der Untersuchung und Mängelanzeige	26
	V. Die Folgen der erstatteten und der unterlassenen Mängelanzeige.	27
§ 18.	Die Folgen der erstatteten Mängelanzeige	27
§ 19.	Die Folgen der unterlassenen Mängelanzeige	35
§ 20.	VI. Arglistiges Verschweigen des Einkaufskommissionärs	39
§ 21.	VII. Abtretung der Rechte	44
§ 22.	VIII. Fall der Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware oder einer anderen Menge der Ware	46
§ 23.	IX. Die Feststellung der Mangelhaftigkeit.	51
§ 24.	X. Die Aufbewahrungspflicht und das Notverkaufsrecht des Kommittenten	53

Literaturverzeichnis

und Abkürzungen.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden, herausgegeben von Loßnitzer & Kurtz. Leipzig 1902.

Breit, James, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. Leipzig, Roßbergsche Buchhandlung, 1899.

BGB. = Neues Bürgerliches Gesetzbuch, gültig v. 1. 1. 1900.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 4. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines neuen Handelsgesetzbuchs usw.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Mannheim, Verlag von J. Bensheimer, 1905.

Endemann, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 2. 1882.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes (ROHG.).

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. Leipzig 1904.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. ungeb. umgearbeitete Aufl. Berlin 1899.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1907 (mit Ausschluß des Seerechts). Berlin 1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Gutmann, Das Handelsgesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz, erläutert durch die Rechtsprechung. Leipzig 1907.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Braunschweig, Druck und Verlag von Friedrich Vieweg & Sohn, 1875.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware.

HGB. = Neues Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1900.

Jaeger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. Berlin 1902.

Juristische Wochenschrift.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1. Aufl. Berlin 1901.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1906.
Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetz. Berlin 1897.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1907.
Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, bearbeitet von R. Förtsch. Leipzig 1893.
Protokolle der Kommission eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Nürnberg 1857.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.
Stübel, Aufsatz von Dr. Stübel im Sächs. Archiv Bd. 10 S. 405—456: Die Mängelanzeige im Handelsverkehr.
Wengler im Archiv für zivilrechtliche Entscheidungen der sächsischen Justizbehörden. Leipzig 1875 f.
ZPO. = Zivilprozeßordnung v. 20. 5. 1898.

I. Einleitung.

§ 1.

§ 391 HGB. lautet:

„Ist eine Einkaufskommission erteilt, die für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, so finden in bezug auf die Verpflichtung des Kommittenten, das Gut zu untersuchen und dem Kommissionär von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen, sowie in bezug auf die Sorge für die Aufbewahrung des beanstandeten Gutes und auf den Verkauf bei drohendem Verderbe die für den Käufer geltenden Vorschriften der §§ 377—379 entsprechende Anwendung. Der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung der Rechte, die dem Kommissionär gegen den Dritten zustehen, von welchem er das Gut für Rechnung des Kommittenten gekauft hat, wird durch eine verspätete Anzeige des Mangels nicht berührt".

Dieser Paragraph bedeutet gegenüber dem alten Rechte eine vollständige Neuerung.

Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch v. 30. 11. 1861 hatte keine Bestimmungen darüber, ob der Kommittent bei einer Einkaufskommission verpflichtet war, die ihm übersandte Ware zu untersuchen und gegebenenfalls sie zu beanstanden, auch nicht darüber, welche Rechtsfolgen eintraten, wenn der Kommittent die Untersuchung der Ware und die Anzeige ihres Mangels unterließ. Zwar gab es eine derartige Bestimmung durch Art. 347. Aber dieser Artikel galt nur für den Kauf. Nach Art. 347 mußte der Käufer die ihm von einem anderen Orte übersandte Ware unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen und die bei der Untersuchung oder später entdeckten Mängel alsbald dem Verkäufer anzeigen, widrigenfalls die Ware als genehmigt galt.

Ob und inwieweit diese Vorschrift des Art. 347 auf die Ein-

kaufskommission zu beziehen sei, war bestritten sowohl in der Rechtsprechung[1]) als auch in der Wissenschaft.[2])

Klar hat das Reichsoberhandelsgericht[3]) entschieden, daß für den Fall, wo der Einkaufskommissionär von seinem Rechte des Selbsteintritts Gebrauch macht, er dem Art. 347 unterliege. In diesem Falle unterlag er aber der Vorschrift nicht als Einkaufskommissionär, sondern weil das Propregeschäft nichts anderes denn ein Kauf ist oder wenigstens nach den Regeln des Kaufvertrages zu beurteilen ist,[4]) wenngleich das nicht unbestritten war.[5])

Als[6]) nun im Februar 1897 die Kommission zum Entwurfe eines neuen Handelsgesetzbuches zusammengetreten war, wurde diese Streitfrage entschieden, und zwar im bejahenden Sinne. Es führten hierzu verschiedene Erwägungen. Man erkannte, daß wie der Käufer bei Handelskauf ebenso der Kommissionär bei der Einkaufskommission ein großes Interesse daran hatte, zu wissen, ob der Kommittent die ihm übersandte Ware angenommen. Man zog aus dieser Erkenntnis die Konsequenz, indem man dem Kommittenten zur Pflicht machte, die Ware zu untersuchen und dem Kommissionär von den entdeckten Mängeln unverzüglich Anzeige zu machen. Ferner wurde auch die Verschiedenheit der Beurteilung, welcher das Vertragsverhältnis des Kommittenten unterlag, je nachdem die Kommission durch Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent oder durch Abschluß mit einem Dritten zur Ausführung gelangte, als Übelstand empfunden und als ungerechtfertigt angesehen.[7]) Schließlich wurde noch berücksichtigt, daß der Einkaufskommissionär, wenn er die Beanstandung

---

[1]) vgl. ROHG. Bd. 4 S. 338/39, Bd. 25 S. 215.

[2]) vgl. Makower, Komm. z. allgem. d. HGB. 9. Aufl., Berlin u. Leipzig, Verlag von Guttentag, Anm. 20a zu Art. 347; Hahn S. 528—534; Puchelt 4. Aufl. 1894; Dr. Voigt in der Zeitschr. f. d. ges. HR. von Goldschmidt Bd. 25 S. 182—208.

[3]) ROHG. Bd. 6 S. 190/91.

[4]) Denkschr. S. 235; RG. Bd. 10 S. 89.

[5]) s. Grünhut, Endemanns Handb. Bd. 3 S. 266.

[6]) vgl. Kroker, Die Mängelhaftung des Einkaufskommissionärs gemäß § 391 HGB., Diss., Leipzig 1907.

[7]) Denkschr. S. 253.

der Ware gegen sich gelten lassen mußte, vor die unangenehm Möglichkeit gestellt wurde, für anderweitige Verwertung der Ware zu sorgen. Aus all diesen Gründen hielt es die Kommission für nicht gerechtfertigt, den Kommittenten in bezug auf die Untersuchung der Ware und die Mängelanzeige von den Pflichten zu entbinden, die dem Käufer obliegen. Infolgedessen wurde durch § 383 des Entwurfs festgesetzt, daß die nach §§ 369—371 für den Käufer getroffenen Vorschriften über die Untersuchung und Mängelanzeige sowie über die Sorge für die beanstandete Ware auf den Kommittenten bei der Einkaufskommission Anwendung finden. Dieser § 383 des Entwurfs ist wörtlich als § 391 ins neue Handelsgesetzbuch herübergenommen worden.

II. Voraussetzungen des § 391 HGB.

§ 2.

Die Voraussetzungen des § 391 HGB. sind folgende:

1. Es muß eine Kommission zum Einkaufe vorliegen.

Es muß sich also um eine Kommission zum Einkaufe von Waren oder Wertpapieren oder zur Herstellung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist (§ 406 Abs. 1 HGB.), handeln; auch wird § 391 auf die Kommission zum Eintausch und schließlich auch auf die Kommission zur Erteilung der Kommission zum Einkaufe Anwendung finden müssen.[1]) Nicht in Frage kommt § 391 für eine Verkaufskommission. Der Verkaufskommissionär, der die Ware nicht für eigene Rechnung in Empfang nimmt, hat nicht die dem Käufer in §§ 377—379 HGB. auferlegten Verpflichtungen; es bewendet vielmehr bei der Pflicht zur sorgfältigen Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten, insbesondere bei der in § 388 Abs. 1 HGB. vorausgesetzten Prüfungspflicht.[2]) Macht aber im Falle der Einkaufskommission

---

[1]) vgl. Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 391 HGB.

[2]) vgl. Denkschr. S. 236.

der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts Gebrauch, so finden gegen den Kommittenten, wenn ihm die Ware zur Zeit des Selbsteintritts oder später zugeht, §§ 377—379 unmittelbare Anwendung, falls der Kommittent Kaufmann ist. Für diesen Fall ist unser Paragraph überflüssig, und ebenso gelten auch gegen den Verkaufskommissionär, wenn dieser vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch gemacht, die §§ 377—379, wenn der Kommittent Kaufmann ist.

2. Die Einkaufskommission muß für beide Teile ein Handelsgeschäft sein, d. h. nicht bloß der Kommissionär, sondern auch der Kommittent muß Kaufmann sein. Der Kommittent muß also Kaufmann sein, wobei es gleichgültig ist, ob er ein Vollkaufmann oder ein Minderkaufmann ist, und es muß die Kommission von ihm im Betriebe seines Handelsgewerbes erteilt sein. Dagegen ist es gleichgültig, ob der Einkauf selbst ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, ob also der dritte Verkäufer Kaufmann ist und den Verkauf im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt. Freilich spielt die Frage, ob der Einkauf ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, eine Rolle im Verhältnis des Kommissionärs zu dem dritten Verkäufer, und es kann der Kommittent mittelbar insofern getroffen werden, als er durch die Unterlassung der dem Einkaufskommissionär gegenüber dem Dritten obliegenden Pflichten der Ansprüche auf Geltendmachung von Mängeln gegen den Dritten beraubt werden kann.

§ 391, infolgedessen auch § 377, findet also nicht Anwendung, wenn der Kommittent kein Kaufmann ist. Dadurch kann allerdings der Einkaufskommissionär in ein schiefes Verhältnis geraten, wenn der dritte Verkäufer Kaufmann ist; denn dann hat der Einkaufskommissionär dem Dritten gegenüber die Verpflichtung der sofortigen Mängelanzeige auf Grund von § 377 HGB. Ihm gegenüber hat sie aber in diesem Falle der Kommittent nicht. Der Einkaufskommissionär ist dann in der gleichen Lage wie der Verkäufer, der Kaufmann ist, gegenüber dem Käufer, der nicht Kaufmann ist. Staub[1]) will diese Folge dadurch mildern, daß man hier unter Umständen eine wenn nicht unverzügliche, so

[1]) Anm. 2 zu § 391 HGB.

doch alsbaldige Rügepflicht annehmen kann, und zwar begründet er dies damit, daß Treu und Glauben im Handelsverkehr es erfordern, daß der Käufer, der die Ware wegen Mangelhaftigkeit nicht genehmigen will, dies dem Verkäufer anzeigt und diese Anzeige auch nicht über Gebühr verzögert, da sonst angenommen werden muß, daß er sie genehmigen und behalten will.[1])

Obwohl auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 3. 11. 1901 im Recht 5. Jahrg. Nr. 2584 sich auf den von Staub vertretenen Standpunkt stellt, wird diese Folge doch von den anderen Kommentaren[2]) bestritten. Man wird aber wohl mit Staub in dem genannten Falle nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in diesem Falle die alsbaldige Rüge eines Mangels als eine vertragliche Verpflichtung und die Unterlassung derselben als Verzicht auf die Rüge und als Genehmigung der Ware gelten lassen müssen.

3. Gleichgültig ist, ob das Ausrichtungsgeschäft Spezies- oder Gattungskauf, Platz- oder Distanzgeschäft ist. Nur muß der Einkaufskommissionär auch die Ausführung des Kaufvertrags, nicht etwa nur den Abschluß übernommen haben.

III. Entsprechende Anwendung des § 377 HGB.

§ 3.

Liegen die soeben behandelten Voraussetzungen des § 391 HGB. vor, so finden die Vorschriften der §§ 377—379 HGB. entsprechende Anwendung. Es findet also zunächst die in § 377 dem Käufer auferlegte Untersuchungs- und Rügepflicht auf den Kommittenten entsprechende Anwendung.

A. Die Voraussetzungen der Rügepflicht.

1. Das in § 377 HGB. für die Rügepflicht vorausgesetzte Vorliegen eines Handelskaufs unter Kaufleuten ist eine Grundvoraussetzung des § 391 überhaupt, da ja der § 391 nur dann

---

[1]) Anm. 196 zu § 377 HGB.

[2]) vgl. Lehmann-Ring Anm. 7 zu § 391 HGB.

Platz greift, wenn eine Einkaufskommission erteilt ist, die für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Es gilt also das unter § 22. Gesagte.

2. **Die gelieferte Ware muß mangelhaft sein.**

a) Die Ware muß *geliefert* sein, woraus folgt, daß die Rügepflicht dann nicht Platz greift, wenn überhaupt nicht geliefert wird; denn dann liegt Nichterfüllung vor, und es findet die Vorschrift von § 326 BGB. Anwendung. Dasselbe ist der Fall, wenn gänzlich wertlose Ware geliefert wird; dann kann der Kommittent diese zurückweisen, weil ihm nicht geliefert ist.

b) Die *gekaufte* Ware muß geliefert sein. Ist eine andere Ware geliefert, so finden zwar die Vorschriften des § 377 Anwendung, aber nur durch die Sondervorschrift des § 378 HGB., der § 377 HGB. regelmäßig auch dann für anwendbar erklärt wenn eine andere Ware geliefert ist.

c) Die gelieferte Ware muß *mangelhaft* sein. Was ein Mangel ist, bestimmt § 459 BGB. Hiernach sind unter Mängel zu verstehen:

1. Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage (ausdrücklich oder stillschweigend) vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, es sei denn, daß die Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit unerheblich ist;

2. das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften der Sache oder, was dem gleichsteht,[1]) das Vorhandensein von Fehlern, deren Abwesenheit zugesichert wurde.

Unter Mangel wird also vom Bürgerlichen Gesetzbuch wie von § 377 HGB. nur *Qualitätsmangel* verstanden. Es sind also keine *Quantitätsmängel* gemeint. Quantitätsmängel fallen an sich nicht unter die Bestimmungen des § 377 HGB. (vgl. jedoch § 378 HGB.); freilich kann ein Quantitätsmangel zugleich ein Qualitätsmangel sein, z. B. Tuche, die zu schmal sind, oder Bretter, die zu dick oder zu dünn sind, oder Stücke Schlachtvieh, die nicht das zugesicherte Schlachtgewicht haben, u. a. m.[2])

---

[1]) Kloß im Sächs. Arch. Bd. 9 S. 275; *Stübel* S. 42.

[2]) vgl. Hamb. HansGZ. Bd. 38 S. 212.

Aber Qualitätsmängel jeder Art sind gemeint, und zwar gehören hierzu nicht nur Mängel physischer, technischer, chemischer oder physikalischer Art,[1]) sondern auch solche national-ökonomischer und selbst ästhetischer Art, soweit sich bestimmte Eigenschaften dieser Art noch als Eigenschaften der Sache betrachten lassen.[2])

d) § 377 HGB. meint aber nicht sonstige Vertragswidrigkeiten etwa in bezug auf die Zeit oder in bezug auf den Ort oder in bezug auf die Art der Lieferung oder schließlich in bezug auf die Erfüllung sonstiger Zusagen. Am allerwenigsten gehört hierzu eine Abweichung vom bedungenen Preise;[3]) denn ein höherer Preis ist kein Qualitätsmangel, eine etwa erfolgte Bemängelung des höheren Preises ersetzt daher auch nicht eine etwa außerdem nach § 377 HGB. erforderliche Anzeige eines Mangels.[4])

IV. Die Mängelrüge selbst und ihre Grundlage: die Untersuchung.

A. Die Grundlage der Mängelanzeige ist die Untersuchung.

§ 4.

1. Das Verhältnis der Untersuchung zur Mängelanzeige ist nicht ein gleichgeordnetes. Obwohl nach dem Wortlaute des Gesetzes allerdings die Untersuchung dem Käufer, also auch dem Kommittenten als Pflicht auferlegt wird und der Mängelanzeige ebenbürtig an die Seite gestellt ist, ergibt sich doch aus der Natur der Sache und insbesondere auch daraus, daß das Präjudiz der Genehmigung der Ware nur an die Unterlassung der Mängelanzeige, nicht an die Unterlassung der Untersuchung geknüpft ist, daß die Untersuchung nur als Grundlage der Mängelanzeige in Betracht kommen kann in dem Sinne, daß der Kommittent be-

---

[1]) vgl. JurW. 1891 S. 422 Nr. 33.
[2]) Staub Anm. 5 zu § 377 HGB.
[3]) ROHG. Bd. 1 S. 149, Bd. 6 S. 166.
[4]) ROHG. Bd. 2 S. 282, Bd. 6 S. 166.

rechtigt ist, seine Mängelanzeige auf eine Untersuchung zu stützen.

Daraus folgt aber, daß die Mängelanzeige auch dann gesetzmäßig ist, wenn der Kommittent die Ware nicht untersucht hat. Unterläßt er die Untersuchung, so trifft ihn deswegen kein Nachteil. Freilich kann die Unterlassung der Untersuchung dem Kommittenten tatsächlich deswegen nachteilig werden, weil er sich nicht nachträglich auf Mängel berufen kann, die er bei ordnungsgemäßer Untersuchung wahrgenommen hätte. Insofern sichert die gehörige Untersuchung dem Kommittenten die Berufung darauf, daß der nachträglich in die Erscheinung getretene Mangel nicht damals erkennbar gewesen. Der selbständige Wert der Untersuchung ist nur ein prozessualer, materiell-rechtlich soll sie nur die rechtzeitige Rüge vorbereiten.

Regelmäßig wird die Untersuchung der Ware dann nicht notwendig werden, wenn der Kommittent sich auf andere Weise Kenntnis von ihrer Mangelhaftigkeit verschafft hat. Das ist der Fall, wenn z. B. er von einem Dritten von der mangelhaften Beschaffenheit Kenntnis erhalten hat, wenn die Ware ganz offenbare Mängel hat, die keiner Untersuchung bedürfen, oder er die Mängel auch nur vermuten kann, wenn er sie nur rechtzeitig rügt und sie auch wirklich vorhanden sind.[1]) Freilich wird auch in diesen letzteren Fällen dem Kommittenten schon aus Gründen der Sicherheit und auch deswegen, weil sich ja bei der Untersuchung noch ein anderer weiterer Mangel zeigen kann, die Vornahme der Untersuchung empfohlen.

Es kann aber der Kommissionär daraus, daß der Kommittent nicht untersucht hat, keine Rechte gegen diesen herleiten, da, wie schon erwähnt, eine rechtliche Verpflichtung zur Untersuchung nicht besteht.[2]) Die Untersuchung ist nicht zur Belästigung des Kommittenten vorgeschrieben. Sie soll die rechtzeitige Rüge vorbereiten und erleichtern.[3])

---

[1]) vgl. ROHG. Bd. 12 S. 7, 92, Bd. 13 S. 10, Bd. 14 S. 262, Bd. 15 S. 204; JurW. 1906 S. 62 Nr. 34.

[2]) Gareis in Endemanns Handb. Bd. 2 S. 705; ROHG. Bd. 15 S. 270/71, Bd. 18 S. 204.

[3]) ROHG. Bd. 2 S. 237.

§ 5.

Die Untersuchung muß erfolgen, soweit dies im ordnungsgemäßen Geschäftsgange tunlich ist.

Das Gesetz enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Art und den Umfang, noch über die Zeit und den Ort der Untersuchung. Es sagt bloß, die Untersuchung hat „unverzüglich, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist", zu erfolgen, und dabei bezieht sich die Beschränkung „soweit usw." nicht auf das unverzügliche Untersuchen, sondern auf das Untersuchen selbst. Es kann nach Lage des Falles die unverzügliche Untersuchung, es kann aber auch jede Untersuchung tunlich sein.

Der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges ist ein objektiver.[1]) Die Vornahme der Untersuchung muß also den allgemeinen Regeln eines ordnungsgemäßen Geschäftsganges entsprechen.

Der in § 377 HGB. sanktionierte Handelsgebrauch begreift selbstverständlich unter einem „ordnungswidrigen" Geschäftsgange keineswegs einen solchen, den ein einzelner Kaufmann in „schreiender Verletzung der Sitte des redlichen Geschäftsverkehrs gewohnheitsmäßig einzuschlagen für gut befunden hat",[2]) und es vermag „die Übung des einzelnen, die nur auf Zweckmäßigkeitsgründen, nicht auf einem durch die Umstände gebotenen Zwecke beruht, eine durch die Umstände nicht gebotene Verzögerung der Untersuchung nicht zu rechtfertigen".[3]) Obwohl so der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges im allgemeinen nach objektiven Regeln zu beurteilen ist, kann sich doch mit Rücksicht auf die Eigentümlichkeit des Vertragsverhältnisses (die Bestimmung der Ware usw.) jene Beurteilung im einzelnen Falle doch verschiedentlich gestalten und die Entscheidung, was ordnungsmäßiger Geschäftsgang ist, nach Verschiedenheit der Umstände sich modifizieren.[4])

---

[1]) ROHG. Bd. 3 S. 47; JurW. S. 312 Nr. 22.
[2]) ROHG. Bd. 3 S. 47.
[3]) JurW. 1899 S. 576 Nr. 15.
[4]) ROHG. Bd. 2 S. 237.

In dieser Hinsicht kommt die Zeit in Anschlag. Es läßt sich nach dem § 377 HGB. zugrunde liegenden Prinzip eine genau begrenzte Frist für die Untersuchung nicht angeben, und der Satz, daß der Käufer unverzüglich zu untersuchen habe, ist nicht dahin, daß notwendigenfalls bei der ersten Gelegenheit untersucht und gerügt werden müsse, sondern nur dahin zu verstehen, daß keine Zeit verstreichen darf, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange als unmotivierter Verzug von seiten des Kommittenten erscheint.

Aber auch die Natur der Ware ist in dieser Hinsicht maßgebend und kann bei der Beurteilung des ordnungsmäßigen Geschäftsganges dazu zwingen, auf subjektive Momente Rücksicht zu nehmen. So muß Versandwein erst klären und sich setzen,[1]) auch sein Zuckergehalt geprüft werden[2]) u. a. m.

Regelmäßig können aber persönliche Behinderungen, wie Abwesenheit des Kommittenten,[3]) oder ungenügende Lagerräume[4]) und ungenügendes Personal[5]) keine Berücksichtigung finden.

§ 6.

Art und Umfang der Untersuchung.

Die Untersuchung muß, wenn sie erfolgt, sachgemäß erfolgen.

Das Gesetz sagt nicht, was dies bedeutet, wie es dieses Erfordernis überhaupt nicht hervorhebt. Worin das Erfordernis besteht, ergibt sich aus dem Zweck der Untersuchung und der Handelssitte.[6]) Zweck der Untersuchung ist der, dem Untersuchenden eine zuverlässige Überzeugung von der Beschaffenheit der Ware zu verschaffen. Der Untersuchende muß also die Untersuchung ihrem Zwecke gemäß in der Weise vornehmen und so weit ausdehnen, als es nötig erscheint, um feststellen zu können,

---

[1]) ROHG. Bd. 15 S. 215.
[2]) Hamb. OLGR. Bd. 9 S. 273 Anm. 418.
[3]) Bolze Bd. 16 Nr. 418.
[4]) JurW. 1893 S. 164 Nr. 24.
[5]) JurW. 1899 S. 576 Nr. 15.
[6]) RG. Bd. 43 S. 9.

ob und welche Mängel die Ware hat, oder ob eine andere als die bedungene oder eine andere Menge von Waren als die bedungene geliefert sind.[1]) Demzufolge hat der Untersuchende auch das Recht, die Sache so lange und in der Weise zu prüfen, daß er in der Lage ist, zu einem zuverlässigen Urteil über die Beschaffenheit der Ware zu gelangen. Dabei handelt es sich aber „nicht um eine skrupulöse Untersuchung, sondern um eine dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechende".

Deshalb ist selbstverständlich, daß der Untersuchende von den zur Untersuchung erforderlichen Hantierungen mit der Ware und von der hierzu erforderlichen Zeit Gebrauch macht. Das kann ihm nur nachteilig werden, wenn er seine Befugnisse überschreitet; also wenn er länger untersucht, denn dadurch verzögert sich die Anzeige, oder wenn er mehr verbraucht, als zur Prüfung notwendig ist, wodurch oft, hauptsächlich dann, wenn die Untersuchung eine Verarbeitung der Sache erfordert, auf eine Verwendung der Ware und deren Billigung geschlossen werden kann.

Das Recht der Untersuchung gibt dem Kommittenten das Recht des Gebrauchs der Ware dann, wenn und soweit die Qualität nicht ohne Gebrauch festgestellt werden kann. So muß z. B. eine Maschine eine gewisse Zeit benutzt und beobachtet werden[2]) oder müssen Kamine angeheizt werden.[3]) Der Untersuchende hat sogar das Recht des teilweisen Verbrauchs der Ware, wenn dies zur Überzeugung von der gehörigen Qualität gehört. So kann Wolle verarbeitet werden,[4]) Tabak kann zum Zwecke der Prüfung verbraucht werden,[5]) Mehl kann verbacken werden,[6]) Seide kann probeweise von Webern verarbeitet werden[7]) u. a. m.

Die Untersuchung in der Gestalt der Entnahme von Stichproben ist dann geboten, wenn durch Entnahme der Stichproben

---

[1]) ROHG. Bd. 8 S. 175.
[2]) ROHG. Bd. 11 S. 99.
[3]) ROHG. Bd. 11 S. 312.
[4]) ROHG. Bd. 12 S. 92, 93.
[5]) ROHG. Bd. 22 S. 151.
[6]) ROHG. Bd. 8 S. 175.
[7]) ROHG. Bd. 9 S. 405.

nicht die Ware entwertet oder sogar unverkäuflich wird. Andererseits ist diese Art der Untersuchung nur billig, wenn es dem Kommittenten nicht zugemutet werden kann, die ganze Ware in allen ihren einzelnen Bestandteilen zu untersuchen, und besonders dann, wenn es ihm einen unverhältnismäßigen Aufwand von Zeit und Kosten verursachen würde. Schließlich muß dann die Entnahme von Stichproben als sachgemäße Untersuchung regelmäßig angesehen werden, wenn der Kommittent eine Ware geliefert hat, deren einzelne Stücke von gleicher Beschaffenheit sein sollen und auch voraussichtlich sind.

Zur sachgemäßen Untersuchung gehört auch unter Umständen die Zuziehung von Sachverständigen. Wann der Kommittent dies zu tun hat, ist verschieden, je nach Lage des Falles. Es können Fälle eintreten, wo von vornherein eine hinreichende Beurteilung der Beschaffenheit der Ware nur durch Sachverständige mit technischen Kenntnissen möglich ist und der Kommittent ein solcher nicht ist, oder auch Fälle eintreten, wo für die Regel auch eine durch praktische Erfahrung begründete Sachkenntnis als genügend betrachtet werden kann.[1])

Betont sei auch hier noch einmal, daß auch in dieser Hinsicht immer auf einen ordnungsgemäßen Geschäftsgang Rücksicht genommen werden muß.

§ 7.

Die Zeit der Untersuchung.

Die Untersuchung hat zu erfolgen „unverzüglich nach der Ablieferung der Ware", und zwar auch hier wieder unter Berücksichtigung des ordnungsmäßigen Geschäftsganges.

1. Sie hat zu erfolgen nach der Ablieferung.

Die Ablieferung ist derjenige einseitige Akt des Verkäufers (Einkaufskommissionäres), durch welchen er die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt und den Käufer (Kommittent) in die Lage versetzt, über die Ware tatsächlich zu verfügen, oder wodurch

[1]) Wenglers Arch. n. F. Bd. 8 S. 496.

er wenigstens diesem die Möglichkeit gewährt, die Ware in seine Verfügungsgewalt zu bekommen.

Sie ist also ein einseitiger Akt des Verkäufers, enthält kein Rechtsgeschäft, sondern einen tatsächlichen Vorgang.[1])

Ablieferung ist ferner nur ein Akt des Verkäufers (Einkaufskommissionärs), und es kommt nur dessen Tätigkeit in Betracht. Die Mitwirkung des Kommittenten bei der Ablieferung ist unwesentlich. Es kommt also nicht darauf an, ob der Kommittent von der ihm eröffneten Möglichkeit, über die Ware zu verfügen, tatsächlich Gebrauch macht.[2])

Deshalb ist Ablieferung nicht identisch mit Übergabe. Es braucht eine Sache, wenn sie im juristischen Sinne übergeben worden ist, noch nicht abgeliefert zu sein,[3]) und umgekehrt kann eine Sache, allerdings in den seltensten Fällen, bereits abgeliefert sein, ohne daß sie im juristischen Sinne übergeben wäre.

Zur Ablieferung kann im einzelnen Falle weniger gehören als zur Übergabe, oder auch mehr; letzteres ist z. B. der Fall, wenn zur vertragsmäßigen Ablieferung noch ein Verfahren mit der Sache, z. B. Aufstellung und Montierung der gelieferten Maschinen, erforderlich ist.[4]) Ablieferung kann ferner von der Übergabe zeitlich getrennt sein. Sie kann der Übergabe vorhergehen oder auch nachfolgen. Ablieferung ist auch nicht identisch mit Empfangnahme. Sie ist nicht davon abhängig, daß der Kommittent seinerseits Aneignungshandlungen vornimmt. Zwar wird gewöhnlich mit dem Ablieferungsakt von seiten des Kommissionärs der Empfangnahmeakt von seiten des Kommittenten in Verbindung sein, aber es kann auch geliefert sein, ohne daß in Empfang genommen wird.[5])

Schließlich muß die Ablieferung auf Grund des zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten bestehenden Vertragsverhältnisses erfolgt sein. § 377 HGB. findet also dann nicht Anwendung, wenn der Kommittent durch Zufall oder auf Grund

---

[1]) RG. Bd. 5 S. 39.
[2]) JurW. 1898 S. 167 Nr. 38.
[3]) vgl. Stübel S. 418.
[4]) JurW. 1900 S. 829 Nr. 8.
[5]) RG. Bd. 5 S. 31.

eines anderen Rechtsverhältnisses in die Möglichkeit, die Ware zu untersuchen, versetzt wird.

Aus der oben gegebenen Begriffsbestimmung der Ablieferung ergibt sich, daß die Ablieferung dann beendet ist, wenn der Kommittent in die Lage versetzt worden ist, tatsächlich über die Ware zu verfügen. Wann dieser Zeitpunkt eingetreten ist, läßt sich nach einer allgemeinen Regel nicht bestimmen, sondern muß der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen werden, so bedenklich dies auch in manchen Fällen sein kann.

2. Der Kommittent hat „unverzüglich nach der Ablieferung" zu untersuchen.

Was unverzüglich heißt, bestimmt § 121 BGB. Es muß gemäß § 121 BGB. also die Untersuchung „ohne schuldhaftes Zögern", selbstverständlich auch hier wieder soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgange tunlich ist, erfolgen.

Da auch hier bei der Frage nach der Zeit der Untersuchung der ordnungsgemäße Geschäftsgang in erster Linie maßgebend ist, so ist die Beurteilung ihrer rechtzeitigen Untersuchung von objektiven Regeln abhängig. Freilich ist auch hier eine Berücksichtigung der Umstände des besonderen Falles nicht ausgeschlossen.[1])

Die Untersuchung hat an sich sofort nach der Ablieferung zu erfolgen. Ist der Kommittent aber ohne Verschulden an der sofortigen Vornahme der Untersuchung durch Eintritt eines Hindernisses verhindert, so hat er die Untersuchung vorzunehmen, nachdem das Hindernis beseitigt worden ist. Man wird dem Kommittenten nach Lage des einzelnen Falles eine längere oder kürzere Frist für die Untersuchung gewähren müssen. So wird die Untersuchung länger dauern, wenn eine Bearbeitung oder Verarbeitung der Ware sich notwendig macht,[2]) und es wird andererseits dem Kommittenten für die Untersuchung eine möglichst kurz bemessene Frist zu gewähren sein, wenn die Ware hohen Preisschwankungen unterworfen ist, wie z. B. beim Getreidegeschäft.[3])

Da aber die Bestimmungen des § 377 BGB. dispositiv sind,

---

[1]) ROHG. Bd. 3 S. 246, Bd. 4 S. 113, Bd. 6 S. 328.
[2]) ROHG. Bd. 7 S. 318, Bd. 14 S. 265.
[3]) ROHG. Bd. 2 S. 335—338.

so steht einem Vertrage, wodurch die Beteiligten die Frist für Prüfung der Ware erweitern[1]) oder beschränken, nichts entgegen. Diese vertragsmäßige Abänderung der Untersuchungsfrist kann natürlich ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, aber aus dem Umstande allein, daß der Kommittent die Ware sofort weiter verkauft, kann nicht etwa eine stillschweigende Vereinbarung etwa des Inhalts, daß erst der Abnehmer des Kommittenten die Ware zu untersuchen habe, also eine Verlängerung der Untersuchungsfrist, erblickt werden. Es müssen vielmehr noch andere Umstände hinzukommen, die in solchen Fällen eine stillschweigende Verlängerung der Untersuchungsfrist rechtfertigen.[2])

§ 8.

Der Ort der Untersuchung.

Die Rolle, die der Ort der Untersuchung gegenüber der Zeit derselben spielt, ist nur eine untergeordnete; denn es kann dem Kommissionär ziemlich gleich sein, an welchem Orte die Untersuchung vorgenommen wird. Seinem Interesse ist im allgemeinen dann vollkommen genügt, *wenn* die Untersuchung vorgenommen ist, und dies ist ihm auch nur deshalb wichtig, weil davon die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige abhängt. In Frage kommt also der Ort der Untersuchung nur insoweit, als durch ihn die Rechtzeitigkeit der Untersuchung beeinflußt werden kann. *Regelmäßiger Ort der Untersuchung wird der sein, wo die Ware abgeliefert ist.* Der Untersuchungsort wird vom Ablieferungsort verschieden sein, wenn am Ablieferungsort die Mittel zu der erforderlichen Untersuchung fehlen. Unter Umständen ist die Untersuchung schließlich am Ablieferungsort gar nicht möglich, weil am Ablieferungsort die zu der Untersuchung erforderlichen Einrichtungen nicht bestehen, so z. B. bei Rohstoffen für die chemische Industrie, die erst an dem vom Ablieferungsorte verschiedenen Fabrikationsorte geprüft werden können.[3])

---

[1]) ROHG. Bd. 2 S. 377 ff.

[2]) vgl. *Stübel* S. 432/33 und die dort angeführten Entscheidungen.

[3]) ROHG. Bd. 3 S. 393.

Die Beteiligten können nun auch stillschweigend oder ausdrücklich vereinbaren, daß die Untersuchung an einem anderen als dem Ablieferungsorte vorgenommen werden soll. So finden sich Fälle ausdrücklicher Vereinbarung hauptsächlich im überseeischen Geschäfte. Eine stillschweigende Vereinbarung dieses Inhaltes wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Ware in Originalverpackungen verkauft worden ist und die Untersuchung der Ware ohne Verletzung dieser Originalverpackungen gar nicht möglich sein würde.[1])

3. Der Kommittent hat unverzüglich *nach* der Ablieferung zu untersuchen, also besteht selbstverständlich keine Pflicht des Kommittenten, sie *vor* der Ablieferung der Ware vorzunehmen.

B. Die Erstattung der Mängelanzeige.

§ 9.

Begriff der Mängelanzeige.

Die Mängelanzeige ist die formlose, einseitige empfangsbedürftige, an den Kommissionär gerichtete Erklärung des Kommittenten, daß die Ware an Mängeln leide, daß sie nicht die bestellte Ware sei, daß eine andere als die bedungene Menge geliefert sei, daß also der Kommissionär nicht das getan habe, was ihm nach Vertrag und Gesetz obliegt.

Aus diesem Begriff der Mängelanzeige ergibt sich, daß sie kein Rechtsgeschäft ist. Sie hat zwar rechtliche Folgen, enthält aber nicht eine Willenserklärung, juristische Wirkungen zu erzeugen. Damit ergibt sich ferner, daß sie auch nicht etwa als Antrag zum Abschlusse eines Rechtsgeschäfts aufzufassen ist.[2]) Die Mängelanzeige ist vielmehr lediglich eine *Anzeige*, mit deren Erstattung der Kommittent eine ihm vom Gesetz auferlegte Verpflichtung erfüllt, und die Folge, die das Gesetz an die Unterlassung der Mängelanzeige knüpft, nämlich, daß der Kommittent seiner Mängel-

[1]) ROHG. Bd. 2 S. 234/35, Bd. 4 S. 131; *Bolze* Bd. 14 Nr. 436, Bd. 19 Nr. 547.

[2]) *Stübel* S. 435.

ansprüche gegen den Einkaufskommissionär verlustig geht, ist nicht durch ihr Wesen begründet, sondern ist lediglich ein Mittel des Gesetzgebers, um auf den Kommittenten einen Zwang auszuüben, seiner ihm gesetzlich obliegenden Pflicht nachzukommen.[1])

Es ist aus diesem Grunde falsch, wenn im Handelsstande schlechtweg von einer „Zurverfügungs- oder Zurdispositionsstellung" gesprochen wird, um dadurch der Meinung Ausdruck zu geben, daß der Käufer (Kommittent) die Verpflichtung habe, die Ware zur Verfügung zu stellen, so daß der Verkäufer (Einkaufskommissionär) nun anderweit über dieselbe verfügen könne. Diese im Handelsstande leider allzusehr verbreitete Ansicht entspricht keineswegs dem Gesetz. Dies folgt daraus, daß durch die gehörige und rechtzeitige Mängelanzeige sich der Kommittent seine Rechte aus der mangelhaften Beschaffenheit der Ware wahrt. Seine Rechte bestehen aber keineswegs nur in dem Rechte auf Zurückweisung.[2]) Der Kommittent wahrt sich vielmehr durch eine ordnungsmäßig erstattete Anzeige noch andere Rechte, deren wahlweise Geltendmachung in sein Belieben gestellt ist. Auch stehen ja dem Einkaufskommissionär Mittel zur Verfügung, um sich Klarheit über die Rechtslage zu verschaffen. So kann der Einkaufskommissionär auf Grund von § 466 BGB. für den Fall, daß der Kommittent ihm gegenüber einen Mangel der Sache behauptet, diesen unter dem Erbieten zur Wandlung und unter Stellung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandlung verlange. Dasselbe gilt sinngemäß auf Grund von § 430 BGB. für den Gattungskauf. Der Einkaufskommissionär kann ferner auch auf Zahlung klagen. Dadurch zwingt er den Kommittenten prozessualisch, sich über das Recht, welches er wählen will, zu erklären.

Würde die Mängelanzeige identisch sein mit der Dispositionsstellung, so würde oft der Zweck der Mängelanzeige geradezu vereitelt sein. Dieser Zweck ist nämlich häufig nicht etwa der, einen Prozeß einzuleiten, sondern den Parteien Gelegenheit zu geben, sich über die geltend gemachten Mängel gütlich zu einigen.

---

[1]) Stübel a. a. O.

[2]) RGHG. Bd. 5 S. 251, Bd. 9 S. 206; JurW. 1892 S. 466 Nr. 20.

§ 10.

Der Inhalt der Mängelanzeige.

Der Inhalt der Mängelanzeige muß so beschaffen sein, daß die Anzeige ihren Zweck erfüllt, daß also der Einkaufskommissionär die Nachricht erhält, daß die Ware vom Kommittenten als gesetz- oder vertragswidrig befunden worden ist.[1])

Der Kommittent braucht also nur anzuzeigen, daß Mängel vorhanden sind und aus welchen Gründen er die Ware beanstandet. Daraus ergibt sich, daß er nicht anzuzeigen braucht, daß er die Ware nicht genehmige, oder daß und welche Rechte er aus dem Vorhandensein der Mängel abzuleiten gedenke. Er muß aber die Mängel so angeben, daß der Einkaufskommissionär Art und Umfang der Mängel erkennt.[2]) Diese Beschreibung der Mängel wird nach Lage des einzelnen Falles kürzer oder ausführlicher sein dürfen.

In keinem Fall genügt bloße Zurückweisung der Ware, ohne besondere Gründe anzugeben, auch nicht eine allgemeine Erklärung der Unzufriedenheit.[3]) Wenn z. B. der Kommittent schreibt, er sei mit der Ware nicht zufrieden,[4]) so ist dies keine ordnungsgemäße Mängelanzeige, da der Verkäufer aus dieser Erklärung gar nicht ermessen kann, um was für Mängel es sich handelt. Es ist aber auch nicht erforderlich, daß nun alle Mängel mit ihren Einzelheiten beschrieben werden; auch ist der Kommittent nicht verpflichtet, alle Mängeleinzelheiten zu bezeichnen. Aber er muß bedenken, daß durch eine Mängelanzeige bestimmten Inhalts nicht schon die spätere Rüge von Mängeln anderer Art gesichert ist.[5])

Schließlich muß aber die Mängelanzeige so beschaffen sein, daß sie auch den Willen erkennen läßt, daß sich der Kommittent diese Lieferung als vollständige Erfüllung nicht gefallen lassen wolle.[6])

---

[1]) Staub Anm. 21 zu § 377.
[2]) Bolze Bd. 1 Nr. 1086.
[3]) JurW. 1897 S. 193 Nr. 26.
[4]) RDHG. Bd. 10 S. 269.
[5]) RG. Bd. 18 S. 55.
[6]) Staub Anm. 24 zu § 377.

Ohne Einfluß ist bei Erstattung der Mängelanzeige die Angabe von Motiven. Dies ist zwar zulässig, aber durchaus überflüssig.[1])

§ 11.

Die Form der Mängelanzeige.

Die Mängelanzeige ist eine formlose Erklärung. Es ist keine besondere Form für sie vorgeschrieben. Dies wird auch nicht durch das Wort „Absendung" in § 377 Abs. 4 HGB. geändert, und zwar vielleicht in dem Sinne, daß aus diesem Wort etwa auf das Erfordernis der Schriftlichkeit geschlossen werden könnte. Es soll dadurch nur auf den Regelfall hingedeutet werden, daß einem Abwesenden die Anzeige zu erstatten ist.[2])

Die Mängelanzeige ist also formlos. Sie kann infolgedessen in jeder Form erfolgen. Sie kann mündlich (unter Anwesenden oder durch Fernsprecher), sie kann schriftlich, sie kann telegraphisch erstattet werden.

Allerdings kann durch die Geschäftsübung die Benutzung eines bestimmten Mittels unter Umständen erforderlich werden, sowohl in bezug auf die erforderliche Form (z. B. durch eingeschriebenen Brief) als auch in bezug auf die erforderliche Schnelligkeit (z. B. Telegramm).

§ 12.

Die Übermittlung der Mängelanzeige.

§ 130 BGB. bestimmt, daß eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam wird, in welchem sie ihm zugeht. Es trägt also nach § 130 BGB. der Erklärende die Gefahr für die Ankunft der Erklärung. Aber diese allgemeine Bestimmung des § 130 BGB. über das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen findet hier nicht Anwendung, sondern es tritt die Vorschrift des § 377 Abs. 4 HGB. in Wirk-

---

[1]) Stübel S. 445.

[2]) vgl. Makower Anm. VIb zu § 377.

samkeit, wonach es zur Erhaltung der Rechte genügt, wenn die Anzeige rechtzeitig abgesandt wird. Es trägt also hiernach die Gefahr der Übermittlung der Verkäufer, entsprechend also auch der Einkaufskommissionär.

Der Grund für die Festsetzung dieser Ausnahmebestimmungen von den Vorschriften des § 130 BGB. liegt darin, daß der Verkäufer (Einkaufskommissionär) der Veranlasser einer etwa erforderlich werdenden Mängelanzeige ist. Liefert er, wie es seine Pflicht ist, gesetz- oder vertragsmäßig, so kann eine Mängelanzeige, die nicht an ihn gelangt, ihm nichts schaden. Tut er dies aber nicht, so hat er es veranlaßt, den Käufer (Kommittenten) zu besonderen Maßnahmen, der Erstattung der Mängelanzeige, zu zwingen. Es muß daher seiner Vertragswidrigkeit ein Äquivalent an die Seite gestellt werden, und dies geschieht dadurch, daß er die Gefahr der Übermittlung der Mängelanzeige zu tragen hat.[1])

Selbstverständlich trägt der Einkaufskommissionär nur die Gefahr der Ankunft einer gehörigen und rechtzeitig abgesandten Mängelanzeige, wobei die Absendung von seiten des Kommittenten in geschäftsüblicher Weise erfolgen muß.

Hierbei dürfte er sich wohl in der Regel des einfachen Postbriefes bedienen. Dies ist auch in der Regel genügend.[2]) Aber der Postbrief muß frankiert sein und auch richtig adressiert sein. Falsche Adressierung ist ordnungswidrige Absendung.[3]) Ob die Absendung durch einen Boten genügt, ist verneint von Staub,[4]) bejaht von Makower.[5]) Staub begründet seine Ansicht damit, daß in diesem Falle der Bote Beauftragter des Kommittenten ist, vergißt aber hierbei die von Stübel[6]) richtigerweise gemachte Unterscheidung, ob den Kommittenten eine culpa in eligendo trifft oder nicht. Trifft ihn eine solche, so hat er nicht ordnungsmäßig Mängelanzeige erstattet und hat infolgedessen die Gefahr

---

[1]) Denkschr. S. 423.
[2]) ROHG. Bd. 19 S. 153.
[3]) RG. in Zeitschr. f. HR. Bd. 26 S. 571.
[4]) Anm. 26 S. 571.
[5]) § 377 C, D; ebenso OLG. Hamburg, HansGZ. 1905 Hauptbl. S. 54.
[6]) Anm. S. 438.

der Übermittlung zu tragen. Trifft ihn diese nicht, so wird nach § 377 Abs. 4 HGB. der Einkaufskommissionär die Gefahr der Übermittlung zu tragen haben.

§ 13.

Die Erstattung der Mängelanzeige durch die richtige Person.

Zweifellos ist dann die Mängelanzeige ordnungsgemäß erstattet, wenn sie durch den Kommittenten geschieht, und zwar braucht sie nicht ausschließlich von ihm selbst, sondern kann von jeder von ihm dazu ermächtigten Person nach den allgemeinen Grundsätzen über Stellvertretung erfolgen.

Dies bedarf keiner Begründung beim Prokuristen, da er auf Grund der ihm erteilten Prokura nach § 349 HGB. zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ermächtigt ist. Ebenso ist ohne weiteres zur Erstattung der Mängelanzeige befugt der Handlungsbevollmächtigte, falls er Generalvollmacht hat (§ 54 HGB.).

Im übrigen hängt die Wirksamkeit der Mängelanzeige, die durch einen Vertreter erstattet wird, von der Vollmacht ab; denn eine von einem Nichtbevollmächtigten erstattete Anzeige ist wirkungslos. In diesem Falle wird sie auch nicht wirksam durch die nachfolgende Genehmigung des Kommittenten, wenn nicht einer der besonderen Fälle des § 180 Abs. 2 BGB. vorliegt. Aber auch dann muß diese Genehmigung doch noch so zeitig erfolgen, daß sie auch noch als Rüge rechtzeitig ist.[1]) Man muß sich fragen, ob für den Einzelfall in der Vollmacht eine ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung zur Mängelanzeige liegt, so z. B. beim Handlungsreisenden und Handlungsagenten. Den Rechtsanwalt ermächtigt eine allgemeine Prozeßvollmacht nicht zur Erstattung der Mängelanzeige.[2])

---

[1]) Sächs. Arch. Bd. 13 S. 578.

[2]) Stübel S. 438.

§ 14.

Die Erstattung der Mängelanzeige an die richtige Person und Adresse.

Der Zweck der Mängelanzeige ist verfehlt, wenn sie nicht an den gelangt, der allein ein Interesse an ihr hat, also an den Verkäufer (Einkaufskommissionär) oder dessen Stellvertreter.

Regelmäßig und grundsätzlich ist die Mängelanzeige *an den Einkaufskommissionär selbst* zu erstatten. Anzeige an einen Dritten ist für ihn ohne Bedeutung, ebenso wie die Anzeige dann nicht ordnungsmäßig ist, wenn sie zwar an den Einkaufskommissionär abgesandt ist, aber unter einer falschen Adresse.

Ordnungsgemäß ist auch dann eine Anzeige, wenn sie an den zur Empfangnahme Bevollmächtigten gelangt, und es kommt hierbei nicht darauf an, ob der Einkaufskommissionär von der Erstattung der Mängelanzeige Kenntnis erlangt oder nicht.[1]) Die Frage, ob in der erteilten Vollmacht auch die Berechtigung zur Annahme der Mängelanzeige mit inbegriffen ist, ist Frage des einzelnen Falles. Ohne weiteres ist sie im bejahenden Sinne auch hier zu beantworten für den Prokuristen und für den Generalhandlungsbevollmächtigten, und zwar aus denselben im vorigen Paragraph angeführten Gründen. Für den Spezialhandlungsbevollmächtigten ist es maßgebend, ob die Annahme der Mängelanzeige zu seinem Geschäftskreise gehört.

Im allgemeinen Verkehrsinteresse und auch im Interesse des Kommittenten, daß er über die Person, an die eine Mängelanzeige rechtsverbindlich gerichtet werden kann, möglichst wenig im unklaren ist, hat das Handelsgesetzbuch verschiedene einzelne Fälle besonders geregelt.

1. Auf Grund von § 55 Abs. 3 HGB. kann die Mängelanzeige dem Handlungsreisenden des Einkaufskommissionärs, also dem Handlungsbevollmächtigten, der als Handlungsreisender zur Vornahme von Geschäften an Orten verwendet wird, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet, wirksam abgegeben werden, aber nur dem *anwesenden* Reisenden

[1]) ROHG. Bd. 5 S. 106.

gegenüber. In der Denkschrift S. 51 ist diese Beschränkung auf den ortsanwesenden Reisenden dadurch gerechtfertigt, daß „es nicht angängig erscheint, daß der Dritte Erklärungen der fraglichen Art statt an den Geschäftsinhaber selbst an dessen anderswo auf der Reise befindlichen Vertreter richtet". Trifft also der Kommittent zufällig den Reisenden an einem dritten Orte und teilt ihm mit, daß er die Ware beanstande, so ist diese Erklärung für den Kommissionär nicht verbindlich. Das Gesetz läßt offen, an welchem Orte der Reisende „anwesend" ist. Es kann aber hier nur gemeint sein entweder der Ablieferungsort oder der Ort der Untersuchung, wenn er mit jenem nicht zusammenfällt, oder endlich der Niederlassungsort des Kommittenten.[1]) Der vor dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuches vorhanden gewesene Zweifel, ob der Handlungsagent zur Annahme der Mängelanzeige berechtigt war, ist durch das neue Handelsgesetzbuch, und zwar durch die Vorschrift des § 86 Abs. 2 beseitigt worden. Diese Vorschrift bestimmt, daß die Anzeige von Mängeln einer Ware dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden kann. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Handlungsagent ortsanwesend ist oder nicht. Es ist nur vorausgesetzt, daß es sich um einen Agenten mit festem Niederlassungsort handelt. Ist er nämlich als Handlungsreisender tätig, so findet auf Grund von § 87 HGB. die Vorschrift des § 55 HGB. Anwendung. Es gilt also für ihn dasselbe, was für den Reisenden gilt, welcher Handlungsgehilfe ist; also nur, wenn er ortsanwesend ist, ist er im letzteren Fall zur Annahme der Mängelanzeige berechtigt.

Das Gesetz läßt also dem die Mängelanzeige Erstattenden freie Wahl, ob er die Anzeige an den Einkaufskommissionär selbst oder an seinen Handlungsagenten richten will. Freilich wird man auch hier auf Grund von Treu und Glauben im Verkehr eine Anzeige, die an den Handlungsagenten geschieht aus Motiven, welche der Bedeutung der Mängelanzeige widersprechen würden, nicht für ordnungsmäßig halten können.[2])

3. Zweifellos nicht zur Entgegennahme der Mängelanzeige

---

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 5 b aa zu § 377.

[2]) Düringer-Hachenburg a. a. O.

ist der Handlungsmäkler berechtigt, und zwar muß man dies folgern aus § 91 HGB., der bestimmt, daß der Handlungsmäkler nicht als berechtigt gilt, eine Zahlung oder eine andere im Vertrag bedungene Leistung in Empfang zu nehmen. „Daraus ist aber nicht etwa per argumentum e contrario zu schließen, daß er zur Entgegennahme der Mängelanzeige befugt sei. Der Paragraph ist vielmehr auf die Mängelanzeige entsprechend auszudehnen."[1] Wenn natürlich der Handlungsmäkler zur Annahme der Mängelanzeige besonders bevollmächtigt wird, steht deren Wirksamkeit nichts im Wege.

§ 15.

Die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige.

Wie sich für die Untersuchung eine genau bemessene Frist nicht bestimmen ließ, so ist dies ebenso unmöglich für die Mängelanzeige. Sie muß erstattet werden unverzüglich, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist. Der Kommittent hat sie unverzüglich zu erstatten, d. h. unverzüglich nach der Untersuchung, und da die Untersuchung des Kommittenten eine Pflicht ist, unverzüglich nach der auf die Ablieferung folgenden Zeit, welche für eine ordnungsgemäße Untersuchung erforderlich ist.[2] Maßgebend ist also der Zeitpunkt der vollendeten Ablieferung, und zwar ist auch hier die Frist, die für den ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfordert wird, zu berücksichtigen. Der Kommittent muß also, sobald ihm die Ware geliefert worden ist, die Ware unverzüglich untersuchen und dann unverzüglich nach der Untersuchung die Mängel anzeigen.

Ist es daher nicht zur Ablieferung gekommen, so ist § 377 nicht anwendbar. Seine Rügepflicht und die Kraft des Genehmigungspräjudizes beginnt erst mit der wirklichen freiwilligen oder erzwungenen Ablieferung.[3]

„Unverzüglich" muß die Mängelanzeige erstattet werden, d. h.

---

[1] Stübel S. 440.

[2] ROHG. Bd. 12 S. 92, Bd. 13 S. 10; Bolze Bd. 7 Nr. 561.

[3] ROHG. Bd. 6 S. 325, Bd. 5 S. 15; RG. Bd. 5 S. 32; JurW. 1904 S. 341 Nr. 10.

ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.).[1] Die Frage, ob die Anzeige rechtzeitig ist, ist also auch hier nach objektiven Grundsätzen zu beurteilen. Sie läßt sich im übrigen nur nach den konkreten Umständen beantworten.[2]

So erfordern offene und verdeckte Mängel eine verschiedene Begründung.

1. Offene Mängel, d. h. solche, die sofort erkennbar sind, sind spätestens unverzüglich nach derjenigen Zeit anzuzeigen, zu der sie bei rechtzeitiger Vornahme einer ordnungsmäßigen Untersuchung am maßgebenden Orte hätten mit Sicherheit festgestellt werden müssen.[3] Sofort erkennbare Mängel müssen also immer unverzüglich nach der Ablieferung angezeigt werden. Freilich darf das nicht so weit gehen, daß die schon vor der Ablieferung, z. B. aus der Faktura erkennbaren Mängel angezeigt werden müssen.[4] Andererseits wäre auch das nicht richtig, wenn man dem Kommittenten gestatten wolle, so lange mit der Anzeige zu warten, bis er eine gründliche Untersuchung nach allen Richtungen vorgenommen hat.[5]

2. Ein verborgener Mangel muß angezeigt werden unverzüglich nach der Entdeckung. Verborgener Mangel ist nicht nur derjenige, welcher bei der Ablieferung nicht erkennbar war oder nicht entdeckt worden ist, sondern auch der, welcher bei sachgemäßer Prüfung nach der Ablieferung nicht erkennbar war. Als verborgener Mangel muß auch der angesehen werden, der einer Ware anhaftet, die verpackt war, wenn die Verpackung ohne Beeinträchtigung der Ware nicht entfernt werden kann.[6]

Wenn eine Untersuchung nicht stattgefunden hat, so beginnt die Rügefrist nach Ablauf derjenigen auf die Ablieferung folgenden Zeit, die für eine ordnungsgemäße Untersuchung erforderlich ist.[7] Trotz der gegen diese Auffassung geltend gemachten Bedenken, die

---

[1] ROHG. Bd. 13 S. 10; JurW. 1898 S. 16 Nr. 40.
[2] JurW. 1901 S. 189 Nr. 8.
[3] ROHG. Bd. 13 S. 11; RG. Bd. 47 S. 23.
[4] JurW. 1904 S. 341 Nr. 10.
[5] Staub Anm. 30 zu § 377.
[6] Staub Anm. 31 zu § 377 HGB.
[7] ROHG. Bd. 13 S. 10.

sich darauf stützen, daß der Rügende die Zeit zwischen Ablieferung und dem Ablauf der eben genannten Frist zu seinem Vorteil, z. B. zur Spekulation, ausbeuten könne, wird man sie doch festzuhalten haben, da die eventuellen Vorteile ziemlich imaginäre sind.

Zweifellos rechtzeitig ist auch dann die Mängelanzeige, wenn sie vor der Ablieferung erfolgt ist.[1])

§ 16.

Vertragliche Änderung der Frist für Erstattung der Mängelanzeige.

Wie schon erwähnt, sind die Vorschriften des § 377 HGB. nicht zwingend, also können die Beteiligten auch hier die Frist für Erstattung der Mängelanzeige nach ihrem Belieben abkürzen oder verlängern. Das kann von vornherein oder nachträglich, es kann mit ausdrücklichen Worten oder stillschweigend geschehen.

§ 17.

Die Kosten der Untersuchung und Mängelanzeige.

Das Handelsgesetzbuch läßt offen, wer die Kosten der Untersuchung und Mängelanzeige zu tragen hat. Es wird diese Frage in den weitaus meisten Fällen auch nicht von Bedeutung sein, da diese Kosten, insbesondere die der Untersuchung, in der Regel keine oder nur geringe sein werden.

Nach § 433 BGB. hat der Käufer die gekauften Sachen abzunehmen, und nach § 448 BGB. fallen dem Käufer die Kosten der Abnahme zur Last. Die Pflicht der unverzüglichen Untersuchung aber ist eine Erweiterung der Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Ware abzunehmen. Obwohl nun die Untersuchung und die Mängelanzeige dem Käufer zur Pflicht gemacht worden sind, um dem Interesse des Verkäufers zu dienen, genügt doch dieser Umstand allein nicht zur Annahme einer Verpflichtung zur Tragung der Kosten durch den Verkäufer. Es hat also der Käufer die Kosten der Untersuchung und der Mängelanzeige zu

---

[1]) Stübel S. 442.

tragen. In „entsprechender Anwendung" fallen also im Falle der Einkaufskommission die Kosten dem Kommittenten zur Last. Natürlich können durch eine Vereinbarung der Beteiligten in diesem Sinne abändernde Vereinbarungen getroffen werden.

Mit der Kostenfrage hängt nicht zusammen die Frage, ob im Falle der Mangelhaftigkeit der Ware ein Schadensersatzanspruch des Kommittenten an den Einkaufskommissionär zusteht, und ob er auf Grund dieses Schadensersatzanspruchs die Untersuchungs- und Mängelanzeigekosten vom Einkaufskommissionär erstattet verlangen kann. Im allgemeinen begründen natürlich die durch die Untersuchung und Mängelanzeige entstandenen Kosten einen Schadensersatzanspruch des Kommittenten. Dieses ist aber dann nicht der Fall, wenn der Kommittent keine Mängelanzeige erstattet hat, sei es durch Verschulden, sei es deshalb, weil tatsächlich die Ware nicht mangelhaft ist. In diesem Falle hat natürlich der Kommittent keinen Schadensersatzanspruch. Er muß aber die Kosten der Untersuchung tragen.

V. Die Folgen der erstatteten und der unterlassenen Mängelanzeige.

§ 18.

Die Folgen der erstatteten Mängelanzeige.

I. „Zur Erhaltung der Rechte genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige." Welches die Rechte sind, die dem Kommittenten durch die rechtzeitige Absendung der Mängelanzeige erhalten werden, bestimmt sich nicht nach den Grundsätzen des Kaufs, sondern nach denen des Kommissionsgeschäfts. Der § 391 HGB. bestimmt, daß die Vorschriften der §§ 377—379 HGB. entsprechend anzuwenden sind. Deshalb sind nicht etwa auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anwendbar, nur mit der einen Ausnahme, die unten besprochen wird. Die Bedeutung des § 391 HGB. ist damit erschöpft, daß er die handelsrechtlichen Vorschriften für anwendbar erklärt.

1. Verletzt der Einkaufskommissionar die ihm durch § 384

Abs. 1 auferlegte Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und hat der Kommittent gerügt, so wird diesem das durch die Diligenzverletzung entstandene Recht erhalten.

Welches die Folgen sind, die durch die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entstehen, ist weder in § 347 HGB. noch in § 276 BGB. ausdrücklich bestimmt. Vor allem ist kein allgemeiner Grundsatz dahin aufgestellt worden, daß derjenige, der die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, dem dadurch Geschädigten den erlittenen Schaden zu ersetzen hat.[1])

Mit Recht stellt aber Staub a. a. O. den allgemeinen Grundsatz auf, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht. Dieser Grundsatz begründet ja auch nicht die Annahme, daß nun durch jede vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht ein Schadensersatzanspruch entsteht. Wollte man die Berechtigung dieses allgemeinen Grundsatzes leugnen, daß dann, wenn die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht durch Einzelvorschriften ausdrücklich bestimmt sind, die Verletzung einer vom Gesetz vorgeschriebenen Sorgfalt jedenfalls die Verpflichtung zum Schadensersatz im Gefolge hat, so würde man in vielen Fällen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder Handelsgesetzbuchs nicht gerecht werden können, da die Vorschriften vom Verzug des Schuldners nicht ausreichende sind.[2]) Zwar besteht eine Pflicht zum Schadensersatz für den Schuldner, der in Verzug gerät (§ 286 BGB.), aber es gehört zum Verzuge nicht nur die schuldhafte Verletzung der Pflicht nach § 285 BGB., sondern auch die durch § 284 Abs. 1 erforderliche Mahnung mit der einzigen Ausnahme des Falls, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, oder wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat. Aus diesem Grunde wird man ohne Bedenken auf den oben aufgestellten Grundsatz zurückkommen können.

Hat also der Einkaufskommissionär die ihm nach § 384 Abs. 1

---

[1]) Staub Anm. 11 zu § 347.

[2]) Staub a. a. O.

auferlegte Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verletzt, so ist er dem Kommittenten zum Schadensersatz verpflichtet. Insofern wird also durch die Mängelanzeige dem Kommittenten das Recht auf Schadensersatz erhalten.

Damit ergibt sich, daß dieses Recht des Kommittenten auf Schadensersatzanspruch dann nicht besteht, wenn den Einkaufskommissionär kein Verschulden trifft. Beruht die Mangelhaftigkeit der Ware z. B. nicht auf Verschulden des Einkaufskommissionärs, so bestanden auch *vor* der Ablieferung der Ware an den Kommittenten keine Rechte des letzteren gegen den Einkaufskommissionär. In diesem Falle bestehen daher auch *nach* erfolgter Mängelanzeige keine solchen Rechte. Die Art und der Umfang des Schadensersatzes bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Dieselben enthalten insbesondere die aus dem alten Handelsgesetzbuch herübergenommenen Vorschriften des § 252 BGB., nämlich daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt.

2. Außerdem ist der Einkaufskommissionär dem Kommittenten zur Ersetzung des Schadens verpflichtet, der dadurch entstanden ist, daß er nicht gemäß „den Weisungen des Kommittenten" gehandelt hat (§ 385 Abs. 1 HGB.).

Diese Rechtsfolge ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen, da es sich in diesem Falle auch um die Verletzung der im § 384 Abs. 1 HGB. hervorgehobenen Diligenzpflicht handelt. Das Gesetz erwähnt in § 385 diese Rechtsfolge der Vollständigkeit halber noch einmal ausdrücklich.

Trotz der Abweichung von den Weisungen des Kommittenten tritt diese Rechtsfolge aber dann nicht ein, wenn der Einkaufskommissionär zu der Abweichung berechtigt war. Berechtigt ist der Einkaufskommissionär nach § 665 BGB. zu einer Abweichung dann, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, daß der Kommittent bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Konnte der Einkaufskommissionär nach Lage des einzelnen Falles dies nicht annehmen, so war er zu einer Abweichung nicht berechtigt.

Ist sie aber unberechtigt, dann wird sie in der Regel auch schuldhaft sein, und zwar kann auch hier der Einkaufskommissionär

vorsätzlich oder fahrlässigerweise von den Weisungen des Kommittenten abgewichen sein. Die Voraussetzung ist natürlich hier die, daß die Einhaltung der Weisungen überhaupt möglich war; denn weist der Einkaufskommissionär die Unmöglichkeit dieser Einhaltung nach, so kann der Kommittent natürlich aus § 385 HGB. keine Rechte herleiten. Der Paragraph findet in diesem Falle keine Anwendung.

Aus diesem Grunde ist auch eine unverschuldete Zuwiderhandlung gegen die Weisungen des Kommittenten im Regelfalle ausgeschlossen. Sie ist nur dann denkbar, wenn die Kommission überhaupt nicht ausgeführt wurde; denn hat der Einkaufskommissionär die Kommission angenommen, so liegt ein Zuwiderhandeln gegen die Weisungen des Kommittenten schon darin, daß er trotz der vorhandenen Gelegenheit nicht sofort ausgeführt hat.[1]) Auch kann eine den Anweisungen des Auftraggebers nicht entsprechende Ausführung nicht damit entschuldigt werden, daß der Auftrag nur durch eine Abweichung von den Weisungen ausführbar gewesen wäre. In diesem Falle hätte die Ausführung des Auftrages eben unterbleiben müssen.[2])

Diese schuldhafte Verletzung der Weisungen des Kommittenten kann natürlich auch *fahrlässigerweise* begangen worden sein. Der Beurteilung dieser Frage muß man den ordnungsmäßigen Geschäftsgang zugrunde legen, und dieser Maßstab wird dann ergeben, ob überhaupt eine Abweichung vorliegt, oder ob es sich um eine solche Ausführung der Kommission handelt, zu welcher der Kommittent nach dem ihm mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und auf Grund von Treu und Glauben zustehenden notwendigen Spielraum im Sinne des Vertrags berechtigt war.[3])

Die Abweichung muß ferner *wesentlich* sein. Es können nur solche Abweichungen in Betracht kommen, welche das Ausführungsgeschäft als mit dem Auftrag nicht übereinstimmend erscheinen lassen. Wann dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des einzelnen Falles ab, und es ist dies auch in der

---

[1]) *Bolze* Bd. 3 Nr. 619.
[2]) *Puchelt-Förtsch* Art. 382 Anm. 2.
[3]) ROHG. Bd. 20 S. 323; *Bolze* Bd. 1 Nr. 948.

Hauptsache nach den das Kommissionsverhältnis beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben zu beurteilen. Allerdings müssen hierbei die Geschäftsinteressen des Kommittenten als dominus negotii den Ausschlag geben.[1])

3. Schließlich braucht der Kommittent das seinen Weisungen widersprechend ausgeführte Geschäft nicht für seine eigene Rechnung gelten zu lassen (§ 385 Abs. 2 HGB.).

a) Der Kommittent „braucht" das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen. Er hat also das Recht, das auftragswidrige Geschäft zu genehmigen, nicht aber die Pflicht, es zurückzuweisen. Die Zurückweisung kann ausdrücklich erklärt werden, wiewohl eine ausdrückliche Erklärung, daß man das Geschäft nicht für seine eigene Rechnung gelten lassen will, nicht erforderlich ist.[2]) Weist der Kommittent das auftragswidrige Geschäft zurück, so gehen dadurch nicht etwa auch die Schadensersatzansprüche unter, die ihm durch die schuldhafte Ausführung des Geschäfts entstanden sind. Er kann außer der Zurückweisung noch die durch die Art der Ausführung entstandenen Schadensersatzansprüche geltend machen.[3]) Auch kann er diese beiden Rechte alternativ geltend machen. So kann er das den Weisungen nicht entsprechende Geschäft für seine Rechnung gelten lassen und lediglich Schadensersatzansprüche wegen der Abweichung verlangen.

b) Im Falle der Zurückweisung des Geschäfts hat auch der Kommittent nicht die für dieses Geschäft gemachten Verwendungen und auch die Provision nicht zu zahlen.[4]) Auch kann der Kommissionsvertrag, weil noch nicht ausgeführt, nach § 649 BGB. gekündigt werden. Ferner kann auch der Kommittent die etwa ohne Kenntnis der Auftragswidrigkeit geleisteten Zahlungen ohne weiteres gemäß §§ 325, 323 Abs. 3, 812 BGB. nebst den sich aus § 815 Abs. 1 BGB. ergebenden Zinsen zurückverlangen.[5])

c) Schließlich ist der Kommittent im Falle der Zurückweisung

---

[1]) Düringer-Hachenburg Anm. 3b cc zu § 385.
[2]) ROHG. Bd. 16 S. 252.
[3]) Hahn Art. 362 § 10.
[4]) JurW. 1903 S. 374 Anm. 9.
[5]) RG. Bd. 53 S. 71.

des Geschäfts auch noch berechtigt, vom Einkaufskommissionär die Zurücknahme zu verlangen, was er nicht immer verlangen kann, wenn der Einkaufskommissionär zum Schadensersatz verpflichtet ist.[1])

d) Daß die Abweichung auch hier unberechtigt und wesentlich sein muß, bedarf nach dem oben entsprechend Gesagten keiner Begründung. Es fragt sich aber, ob die Abweichung auch schuldhaft erfolgt sein muß. Mit Staub[2]) ist diese Frage zu verneinen.[3])

4. Die Zurückweisung des Geschäfts ist kein Rücktritt vom Kommissionsvertrag. Dies wird praktisch, wenn der Einkaufskommissionär bei der Anzeige der Ausführung des nicht vertragsgemäßen Geschäfts sich erbietet, seinerseits diejenigen Leistungen zu machen, welche den Kommittenten in die gleiche Lage versetzen, wie wenn das Geschäft den Weisungen gemäß ausgeführt worden wäre. In diesem Falle ist vorausgesetzt, daß auch dann noch der Kommittent ein Interesse an der Ausführung hat. Dieser ist zur Zurückweisung des auftragswidrigen Geschäfts dann nicht berechtigt. Der Kommittent muß sich vielmehr gefallen lassen, daß der Einkaufskommissionär ein den Weisungen entsprechendes Geschäft abschließt.[4]) Nur dann hat der Kommittent ein Recht zum Rücktritt vom Kommissionsvertrage, wenn auch die nachträgliche Ausführung des Geschäfts den Vertragszweck nicht mehr erfüllen würde,[5]) wobei die Beurteilung dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleiben muß.

II. Nicht eine Haftung nach § 391 HGB. mit den soeben besprochenen Folgen, sondern eine unmittelbare Haftung nach den Vorschriften des Kaufs, also eine Haftung für Sachmängel nach §§ 459 ff. BGB. tritt ein in folgenden drei Fällen:

1. wenn der Einkaufskommissionär nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht (§ 384 Abs. 3);

2. wenn der Einkaufskommissionär für die Erfüllung der

---

[1]) ROHG. Bd. 20 S. 318.

[2]) Anm. 3 zu § 385.

[3]) vgl. auch Fortsch Anm. 5 zu Art. 362.

[4]) RG. Bd. 56 S. 292 und Staub Anm. 6 u. 8 zu § 385.

[5]) ROHG. Bd. 20 S. 323.

Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, einzustehen übernommen hat, oder wenn dies am Orte seiner Niederlassung Handelsbrauch ist (§ 394 Abs. 1). Das ist der Fall der sogen. Delkrederehaftung;

3. wenn der Einkaufskommissionär das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert (Selbsteintrittsrecht des Einkaufskommissionärs § 400 Abs. 1 HGB.).

Zu 1. Macht der Einkaufskommissionär dem Kommittenten nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft, so haftet er „für die Erfüllung des Geschäfts".

Die juristische Konstruktion dieser „Selbsthaftung" des Einkaufskommissionärs ist sehr bestritten. Wir können, da die Wirkung dieser Selbsthaftung in unserem Falle immer dieselbe ist, es dahingestellt sein lassen, ob wir dieser Haftung einen verschiedenen Charakter, je nachdem das Geschäft tatsächlich durch Abschluß mit einem Dritten zustande gekommen ist oder nicht, beilegen wollen — Staub[1]) nimmt im ersteren Falle eine gesetzliche Delkrederehaftung und im zweiten Falle eine „Haftung eigener Art", die der Haftung des Pseudostellvertreters nach § 179 BGB. „vergleichbar sei", an — oder ob wir mit Breit[2]) sagen wollen, „die Selbsthaftung sei nur eine singuläre, auf fiktiver Basis ruhende Verpflichtung eigentümlicher Art", oder schließlich, ob wir mit Düringer-Hachenburg[3]) eine Schuldübernahme annehmen wollen. Wie gesagt, die Wirkung dieser Haftung ist immer dieselbe: Der Einkaufskommissionär kann auf Erfüllung eines solchen Geschäfts in Anspruch genommen werden, falls er es nicht wie ein sorgfältiger Einkaufskommissionär abgeschlossen hat.

Dabei haftet der Einkaufskommissionär nicht nur für die Verpflichtung, die er dem Dritten auferlegt hat, sondern für alle die, die er pflichtgemäß dem Dritten hätte auferlegen sollen.[4])

Zu 2. Im Falle der Delkrederehaftungskommission haftet der Einkaufskommissionär nicht schlechthin „für die Ausführung

[1]) Anm. 38 zu § 384.
[2]) S. 194.
[3]) Anm. V, III, 2b zu § 384 HGB.
[4]) ROHG. Bd. 22 S. 238; RG. Bd. 4 S. 92.

des Geschäfts", sondern steht nur „für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt", ein. Mag auch hier wiederum die juristische Konstruktion der Haftung des Einkaufskommissionärs dem Kommittenten gegenüber bestritten sein, so würde es auch hier wieder nicht dem Rahmen der Aufgabe entsprechen, diese Frage zu beleuchten, da es hier nur darauf ankommt, inwieweit der Einkaufskommissionär wegen Mängel der Ware haftet. Es ist zweifellos, daß der Einkaufskommissionär, falls der Dritte mangelhaft geliefert hat, bezüglich der Ansprüche auf Wandlung, auf Schadensersatz, auf Lieferung eines anderen Genus in gleicher Weise haften muß wie der dritte Verkäufer.

Zu 3. „Eine wirkliche unmittelbare Anwendung der §§ 377 bis 379 HGB. findet statt im Falle des Selbsteintritts des Einkaufskommissionärs, vorausgesetzt natürlich, daß der Kommittent seinerseits ein Kaufmann ist. Für diesen Fall gilt also § 391 nicht. Die rechtliche Wirkung dieser Haftung, die den besten Ausdruck in der Theorie von der kummulativen Offerte gefunden hat, ist die, daß der Einkaufskommissionär die Rechte und Pflichten des Kommissionärs und Verkäufers hat. Hat also der Kommittent ordnungsgemäß gerügt, so haftet der Einkaufskommissionär auch für Sachmängel wie ein Verkäufer.

III. 1. In diesen soeben unter II besprochenen Fällen haftet also der Einkaufskommissionär unmittelbar wie ein Verkäufer. Es werden also durch die rechtzeitig erstattete Mängelrüge dem Kommittenten die Rechte eines Käufers erhalten, die sich nach den Vorschriften der §§ 462ff. BGB. bestimmen. Kurz erwähnt sind es folgende:

1. Recht auf Wandlung, d. h. der Kommittent kann das Kommissionsgeschäft rückgängig machen (§ 462 BGB.).

2. Daneben steht ihm zur Wahl das Recht auf Minderung, das in der Herabsetzung des Kaufpreises besteht, zu (§ 462 BGB.).

3. Statt der Wandelung oder Minderung kann der Kommittent Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Kommissionsware eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Einkaufskommissionär einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 463 BGB.). Dieses Recht ist nicht an die Voraussetzung ge-

knüpft, daß der Kommittent an der Ware in mangelhaftem Zustande kein Interesse hätte,[1]) auch nicht daran, daß die fehlende Eigenschaft nachgewährt werden kann.[2])

4. Ist Gegenstand des Kommissionsgeschäfts eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, so kann der Kommittent statt der Wandlung oder Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert werde (§ 480, 1 BGB.).

2. Diese Ansprüche unterliegen nach § 477 BGB. einer Verjährungsfrist von sechs Monaten, wenn Gegenstand des Kommissionsgeschäfts bewegliche Sachen sind, mit der einen Ausnahme des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft, sofern der Einkaufskommissionär den Mangel arglistig verschwiegen hat. In diesem Falle fällt die kurze Verjährungsfrist weg, und es gilt die 30jährige Verjährungsfrist nach § 195 BGB.

§ 19.

Folgen der unterlassenen Mängelanzeige.

„Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt." Diese Vorschrift des § 377 Abs. 2 HGB. kommt nach § 391 HGB. bei der Einkaufskommission entsprechend zur Anwendung.

I. Durch die Unterlassung der Mängelanzeige verliert der Kommittent also alle Rechte, die ihm sonst bei Lieferung einer mangelhaften Ware zustehen würden. Das Verhalten des Kommittenten wird dann so ausgelegt, als ob er die Ware ausdrücklich genehmigt hätte. Es besteht also dann nicht eine praesumtio juris, sondern sogar eine praesumtio juris et de jure, also eine Fiktion der Genehmigung, gegen die ein Gegenbeweis unstatthaft ist.

Also hilft es dem Kommittenten, der nicht rechtzeitig gerügt hat, nichts, wenn er mit der beschriebenen Auslegung seines Ver-

---

[1]) RG. Bd. 52 S. 355, Bd. 53 S. 92, Bd. 54 S. 81.

[2]) Staub Anm. 87 zu § 377; a. M. ist Planck Anm. 4 zu § 463 und Anm. 5 zu § 480, wobei sich Planck auf § 325 Abs. 1 BGB. stützt.

haltens nicht einverstanden ist und gegen dieselbe protestiert, es hilft ihm auch nichts, daß er darlegt, er habe sich nach seinen persönlichen Verhältnissen in der unverschuldeten Unmöglichkeit befunden, die Mängelanzeige rechtzeitig zu erstatten. Auch kann sich der Kommittent nicht darauf berufen, daß er sich bei Unterlassung der Mängelanzeige in einem entschuldbaren Irrtum über die Beschaffenheit der Ware befunden habe.

Hat der Kommittent nicht rechtzeitig gerügt, so „gilt die Ware als genehmigt".

II. Der Käufer verliert nach § 377 HGB. durch eine unterlassene Mängelanzeige alle die Rechte, die er aus einer mangelhaften Lieferung gegen den Verkäufer hat; er verzichtet[1]) gewissermaßen auf Geltendmachung von Ansprüchen, die ihm wegen Mangelhaftigkeit der Ware zustehen.

So klar dies für den Kauf gilt, so kann man dies nicht ohne weiteres „entsprechend" auf die Einkaufskommission anwenden, da bei dieser von Mängeln im Sinne der §§ 459 ff. BGB. nur in den drei oben (§ 18 III) behandelten Fällen die Rede ist.

Abgesehen von diesen drei Fällen wird man also bei der Einkaufskommission sagen müssen, der Satz „die Ware gilt als genehmigt" hat nicht nur die Folge wie beim Kauf, sondern man wird dies erweitern müssen, indem man sagen muß, in dem Falle der Unterlassung der Mängelanzeige seitens des Kommittenten verliert er die Rechte, die ihm auf Grund der Bestimmungen über das Kommissionsgeschäft wegen der Mangelhaftigkeit der Ware zustehen. Daß dem Kommittenten wegen der Mangelhaftigkeit der Ware dem Einkaufskommissionär gegenüber Rechte zustehen müssen, ist nicht immer der Fall. Dies hängt ab von dem Inhalt des dem Kommissionsgeschäft zugrunde liegenden Auftrags.

III. Ist nichts Besonderes vereinbart, so hat nach § 383 HGB. der Einkaufskommissionär es nur zu übernehmen, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen einzukaufen. Sein Auftrag ist also nur gerichtet auf den Abschluß des Kaufvertrags, und der Einkaufskommissionär braucht sich nicht

---

[1]) ROHG. Bd. 19 S. 154; RG. Bd. 25 S. 28.

darum zu kümmern, ob der dritte Verkäufer mangelfrei oder fehlerhaft, rechtzeitig oder nicht rechtzeitig liefert. In diesem Falle kann also von einer Haftung des Einkaufskommissionärs wegen Mangelhaftigkeit der Ware keine Rede sein. Der Einkaufskommissionär hat in diesem Falle auch gar kein Interesse daran, ob der Kommittent Mängel rügt oder nicht.

Anders liegt der Fall, wenn der Einkaufskommissionär nicht nur den Abschluß, sondern auch die Ausführung des Kaufvertrags übernommen hat, z. B. wenn er die Ware in Empfang nehmen oder die Ware dem Kommittenten zusenden soll. In diesem Falle erstreckt sich die für den Einkaufskommissionär nach § 384 Satz 1 HGB. vorgeschriebene Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auch darauf, daß er die Ware nach § 377 HGB. — bei Annahme der sonstigen Voraussetzungen dieses Paragraphen — untersucht und die Mängel anzeigt. Erfüllt er diese Pflicht, so befreit er sich von einer Haftung wegen Mangelhaftigkeit der Ware dem Kommittenten gegenüber.

Wenn nun der Kommittent seinerseits die Mängelanzeige unterläßt, so hat dies verschiedene Folgen.

Ohne Einfluß auf die Rechte des Kommittenten ist die durch ihn verursachte Unterlassung der Mängelanzeige dann, wenn der Einkaufskommissionär rechtzeitig gerügt hat. Obwohl dann der Kommittent den Einkaufskommissionär wegen Mangelhaftigkeit der Ware nicht haftbar machen kann, so muß ihm doch der Einkaufskommissionär die Rechte, die ihm gegen den dritten Verkäufer zustehen, abtreten, und zwar nach § 392 HGB. Dieser Anspruch des Kommittenten wird durch die Unterlassung der Mängelanzeige nicht berührt.

Anders liegt der Fall, wenn der Kommittent die Mängelanzeige versäumt hat und der Einkaufskommissionär durch schuldhaftes Verhalten nicht gerügt hat. Hat der Einkaufskommissionär schuldhaft nicht gerügt, so wird der Kommittent außerstande gesetzt, Rechte gegen den Dritten geltend zu machen. Der Einkaufskommissionär hat dann mit Wirkung für den Kommittenten schuldhafterweise das Präjudiz der Genehmigung der Ware herbeigeführt. Wie verhält es sich dann mit der Schadensersatzpflicht? Maßgebend für die Entscheidung dieser Frage ist der Zweck des

§ 391. § 391 soll aber den Einkaufskommissionär dagegen sichern, daß der kaufmännische Kommittent nachträglich Mängel der Ware geltend macht. Da nun das Präjudiz der Genehmigung der Ware auch das Verhalten des Einkaufskommissionärs gegenüber dem Dritten, soweit es sich um Mängel der Ware handelt, umfaßt, andernfalls dem Einkaufskommissionär durch § 391 nicht viel geholfen sein dürfte, so würde es eine Vereitlung des Zweckes des § 391 bedeuten, wenn man dem Kommittenten gestatten wollte, den Einkaufskommissionär dafür haftbar zu machen, daß er bei Wahrnehmung der Interessen gegenüber dem Dritten schuldhaft gehandelt hat.[1]) Man muß also die Schadensersatzpflicht in diesem Falle verneinen.[2]) Auf einem anderen Standpunkte steht mit Gareis Staub.[3]) Er hat für seine Ansicht keine Begründung angegeben. Für seine Ansicht spricht vielleicht die Erwägung, daß die Lage des nichtrügenden Kommittenten eine verschieden günstige ist, je nachdem der dritte Verkäufer Kaufmann oder Nichtkaufmann ist. Ersterenfalls trifft ihn der Schaden aus unterlassener Mängelanzeige des Einkaufskommissionärs gegenüber dem Dritten, letzterenfalls hat er Anspruch auf die dem Einkaufskommissionär nach bürgerlichem Rechte zustehenden Ansprüche gegen den dritten Verkäufer.

IV. a) Der Kommittent, der nicht rechtzeitig gerügt hat, verliert also die Rechte, die ihm auf Grund des Kommissionsvertrags und etwa deshalb zustehen, weil die gelieferte Ware mangelhaft ist.

Welches diese Rechte sind, ergibt sich aus dem, was hinsichtlich derselben in § 18 gesagt worden ist.

Der Kommittent verliert also

1. das Recht aus § 384 Abs. 1 HGB. auf Schadensersatz,
2. das Recht aus § 385 HGB.

Er darf also weder Schadensersatz fordern, noch darf er das Geschäft zurückweisen, sondern muß es für seine Rechnung gelten lassen.

3. In den drei Fällen, die in § 18 Abs. III behandelt worden sind, verliert der Kommittent die dort genannten Rechte.

---

[1]) Lehmann-Ring Anm. 7.

[2]) Makower § 391 Abs. 2; Stübel S. 454.

[3]) Anm. 3 zu § 391.

b) Die Fiktion der Genehmigung des Geschäfts hat aber nicht die weitere Folge, daß der Kommittent die Rechte auf Schadensersatz, die er wegen der schuldhaften Ausführung des Geschäfts gehabt hätte, verliert. Die Ansprüche des Kommittenten, die nichts mit der Mangelhaftigkeit der Ware zu tun haben, werden durch die Unterlassung der Mängelanzeige ohne weiteres nicht berührt. So bleiben dem Kommittenten Ansprüche, die ihm z. B. dadurch entstanden sind, daß der Einkaufskommissionär die Kommission zu spät oder verspätet ausgeführt hat, erhalten. Er kann in diesem Falle auch, obwohl er nicht gerügt hat, Schadensersatz verlangen.

VI. Arglistiges Verschweigen des Einkaufskommissionärs.

§ 20.

I. Begriff. § 377 HGB. schreibt in seinem Abs. 5 vor, daß der Einkaufskommissionär sich auf diese Vorschrift (§ 377 Abs. 1—4) nicht berufen könne, falls er den Mangel arglistig verschwiegen habe.

In dem entsprechenden Art. 350 altes HGB. stand an Stelle des jetzt in § 377 aufgenommenen Ausdrucks „arglistiges Verschweigen" das Wort „Betrug".

Dadurch ist auch zugleich der rechtliche Begriff des arglistigen Verschweigens, der für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein juristisch-technischer ist, in die Vorschrift des Handelsgesetzbuchs übernommen worden.

Das alte Handelsgesetzbuch schreibt durch Art. 350 vor, daß die Bestimmungen des Art. 347 im Falle eines „Betrugs" nicht geltend gemacht werden könnten.

Art. 350 altes HGB. erfordert nicht nur beabsichtigten oder versuchten, sondern einen wirklichen eingetretenen, einen vollendeten Betrug, und es konnte zu seiner Anwendung nicht schon allein ein dolоses Verhalten oder ein Betrugsversuch des Verkäufers in Erfüllung des Kaufvertrags genügen. Ferner bestand in der Literatur und Rechtsprechung zu Art. 350, zwar nach einigem

Schwanken, darüber kein Streit mehr, daß für den Fall des Art. 350 kein strafrechtlicher Betrug verlangt sei, sondern ein Betrug im zivilrechtlichen Sinne. Hierzu gehört aber vor allem, daß durch das arglistige Verhalten des Verkäufers ein Irrtum des Käufers über die Beschaffenheit der abgelieferten Ware hervorgerufen und der Käufer in den Glauben versetzt worden ist, daß vertragsmäßig geliefert worden sei.

Dagegen bildete sich kein Einverständnis über die Frage, ob die Anwendung des Art. 350 davon abhängig sei, daß durch den Betrug des Verkäufers der Käufer bestimmt worden sei, die Pflichten aus Art. 347 zu versäumen.[1])

Diese Frage ist durch die jetzige Fassung des § 377 HGB., der das Wort „Betrug" durch den Ausdruck „arglistiges Verschweigen" ersetzt, entschieden.

Der Terminus „arglistiges Verschweigen" kehrt im Bürgerlichen Gesetzbuch in den verschiedensten Paragraphen wieder: §§ 443, 460, 463, 476, 477, 478, 480, 485, ferner in den §§ 523, 524 (Schenkung), 540 (Miete), 600 (Leihe), 637, 638 (Werkvertrag) und 2183 (Gattungsvermächtnis) und schließlich 2385 Abs. 2 (Erbschaftskauf).

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist arglistiges Verschweigen ein Verschweigen in der Absicht, den Gegenkontrahenten zu täuschen, also bei dem arglistigen Verschweigen ein Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer, ein Verschweigen des Mangels mit der Absicht, den Käufer zu täuschen.[2])

Diese Auslegung des Begriffs des arglistigen Verschweigens im Bürgerlichen Gesetzbuch gilt auch für das Handelsgesetzbuch Auch im Handelsgesetzbuch wird nur ein auf Täuschung gerichtetes und dazu geeignetes Handeln verlangt. Für das neue Handelsgesetzbuch ist nicht, wie unter der Herrschaft des früheren Art. 350 angenommen worden, erforderlich, daß durch Täuschung des Käufers oder Kommittenten dieser bestimmt wurde, die Erfüllung der in § 377 Abs. 1—4 HGB. geregelten Pflichten zu versäumen. Es genügt vielmehr das unredliche Gebaren des Einkaufskommissio-

[1]) So vertreten von Puchelt-Förtsch, HGB. 4. Aufl. zu Art. 350 S. 1013 Anm. 2; Staub 1.—5. Aufl. zu Art. 350; JurW. Bd. 97 S. 549 Anm. 22.

[2]) RG. Bd. 55 S. 214.

närs, um den redlichen Käufer oder Kommittenten vor den Folgen der unterbliebenen Mängelanzeige zu schützen.[1])

In bezug auf eine Haftung für Mängel kann ein arglistiges Verschweigen zunächst beim Abschlusse des Vertrags in Betracht kommen. In diesem Falle wird aber die Erheblichkeit des arglistigen Verschweigens ausgeschlossen durch Kenntnis des Kommittenten beim Vertragsabschluß (§ 460 Satz 1 BGB.), nicht aber durch dessen grobe Fahrlässigkeit. Im übrigen wird der Irrtum präsumiert, denn in dieser Präsumtion liegt die Bedeutung der Haftung für ädilizische Mängel, und dadurch allein ist die Kausalität gegeben.

Übrigens schließt die Kenntnis des Kommittenten die rechtliche Erheblichkeit des arglistigen Verschweigens schlechthin aus; eine Erklärung des Kommittenten, den Vertrag abzuschließen unter Vorbehalt seiner Rechte aus dem arglistig verschwiegenen Mangel, ist rechtlich bedeutungslos.

Das arglistige Verschweigen des Mangels kann ferner in Betracht kommen bei Erfüllung des Vertrags. Dieses arglistige Verschweigen schöpft seine rechtlich erhebliche Kraft aus der darin enthaltenen und vom Einkaufskommissionär nach Vertragsrecht zu vertretenden Vertragsverletzung, nicht aus einer vollendeten Täuschung. Deshalb ist auch hier die Kenntnis des arglistigen Verschweigens nicht rechtlich unerheblich, und es kann hier auch Annahme unter dem Vorbehalte der aus der arglistigen Vertragsverletzung entstandenen Rechte erfolgen.

Aber der Einkaufskommissionär verschweigt dann noch nicht arglistig, wenn er die Mangelhaftigkeit der Ware kannte und die Ware dennoch lieferte. Auch ist der Einkaufskommissionär nicht etwa verpflichtet, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben alle ihm bekannten Umstände, die nach vernünftigem Ermessen für die Wahl des Kommittenten erheblich sein könnten, diesem mitzuteilen.[2]) Wenn aber zu der eigenen Kenntnis des Einkaufskommissionärs vom Mangel oder seinem Rechnen mit der Mög-

[1]) So Cosack, Lehrb. d. HR. § 39 Anm. 9 d; jetzt auch Staub im Gegensatz zur 6. u. 7. Aufl. Anm. 151 zu § 377.

[2]) In DJZ. 1904 S. 88; allerdings auch JurW. 1899 S. 247 Nr. 67; RG. Bd. 1 S. 300.

lichkeit eines Mangels und zur Annahme des Einkaufskommissionärs, daß der Kommittent den Mangel nicht kenne oder doch möglicherweise nicht kenne, noch das Bewußtsein des Einkaufskommissionärs hinzukommt, daß der Kommittent, falls er den Mangel rechtzeitig entdecken sollte, den Vertrag nicht abschließen (so wenn Arglist bei Abschluß) bezw. die angebotene Ware nicht als Vertragserfüllung (so wenn Arglist bei Erfüllung) annehmen würde, liegt arglistiges Verschweigen stets vor.[1])

II. Folgen. Hat der Einkaufskommissionär einen Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf die Vorschriften des § 377 Abs. 1—4 nicht berufen.

Nebenbei sei bemerkt, daß der Kommittent nie in die Lage kommen kann, sich auf § 377 Abs. 1—3 zu berufen, weil diese Bestimmungen nach ihrem Inhalte unter keinen Umständen ihm zugute kommen können; er kann sich aber auch nicht auf § 377 Abs. 4 berufen, da nach Abs. 5 der Einkaufskommissionär ihm nicht entgegensetzen kann, daß die in Abs. 2 u. 3 geordnete Wirkung einer Unterlassung der rechtzeitigen Anzeige eingetreten sei. Ist also ein Mangel arglistig verschwiegen, so kann sich keine von beiden Parteien auf § 377 Abs. 1—4 berufen, auch nicht etwa ein Dritter oder etwa das Gericht von Amts wegen.[2])

1. Ist ein Mangel arglistig verschwiegen, so ist die Anzeige desselben nicht erforderlich. Hat also der Einkaufskommissionär einen Mangel arglistig verschwiegen, so ist der Kommittent von der Mängelanzeige hinsichtlich dieses Mangels befreit.

Dasselbe gilt für die Pflicht der Untersuchung. Aber bei dem bestehenden subordinierten Verhältnis der Untersuchung zur Mängelanzeige, die insbesondere, wie erwähnt, darauf beruht, daß das Präjudiz der Genehmigung nur an die Unterlassung der Mängelanzeige, nicht etwa an die der Untersuchung geknüpft ist, hat die Folge aus einem arglistig verschwiegenen Mangel für die Pflicht der Untersuchung einen praktischen Vorteil für den Kommittenten nicht.

---

[1]) Makower Anm. VII b, 1 zu § 377.

[2]) Makower Anm. III b, 2 zu § 377.

Aber nur hinsichtlich desjenigen Mangels, den der Einkaufskommissionär arglistig verschwiegen hat, und nicht hinsichtlich etwa noch anderer vorhandener Mängel gilt die Befreiung von der Mängelanzeige. Würde man das Gegenteil annehmen, also sagen wollen, daß bei einer Ware, die mehrere Mängel hatte und bei der der Einkaufskommissionär nur einen arglistig verschwiegen hatte, die Befreiung der Mängelanzeige auch hinsichtlich der anderen Mängel gelten solle, so würde das dem Sinne des § 377 widersprechen, dem Sinne, der durch seine Fassung genügend gekennzeichnet ist. Auch wird es sehr oft der Fall sein, daß der Einkaufskommissionär Mängel einer Sache selbst nicht kannte, und es wäre dann doch unrichtig, wenn man eine Befreiung der Mängelanzeige auch hinsichtlich dieser Mängel eintreten lassen wollte.

Die Befreiung von der Mängelanzeige hat natürlich auch eine Befreiung des Kommittenten von der Fiktion der Genehmigung im Gefolge. Der an die Unterlassung der Mängelanzeige geknüpfte Nachteil der Genehmigung fällt also dann fort, wenn der Einkaufskommissionär einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Der Kommittent kann also seine Rechte wegen der Mangelhaftigkeit trotz unterlassener Mängelanzeige geltend machen.

Aber auch nur die an die Unterlassung der Mängelanzeige geknüpfte Genehmigung fällt fort, und der Kommittent kann dann nicht etwa die Arglist zur Grundlage seiner Schadensersatzansprüche machen, wenn er die Ware trotz arglistig verschwiegenem Mangel genehmigt. Es kann diese Genehmigung nach § 464 BGB. erfolgen. Ist sie erfolgt, so kann sich der Kommittent nicht auf die Befreiung von der Mängelanzeige berufen, er kann aber auch nun nicht noch den Einkaufskommissionär wegen des arglistigen Verschweigens haftbar machen wegen unerlaubten Handlungen oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten. Alle Rechte sind dann verloren.[1])

Hat er aber das Geschäft nicht genehmigt, so ist der Einkaufskommissionär dem Kommittenten auch nach den Rechtssätzen von unerlaubten Handlungen verpflichtet; denn die arglistige Ver-

[1]) RG. Bd. 59 S. 105.

schweigung ist eine solche, und der Kommittent kann den Einkaufskommissionär wegen Schadensersatzes nach §§ 823, 826 BGB. haftbar machen.

2. Hat der Einkaufskommissionär in den drei Fällen unter § 18 III einen Mangel arglistig verschwiegen, so kann der Kommittent

a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (§ 463 Abs. 2 BGB.);

b) auch nach Ablauf von sechs Monaten Wandlung oder Minderung verlangen (§ 477 Abs. 1 BGB.);

c) bei Gattungskauf Lieferung einer mangelfreien Sache fordern (§ 480 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB.);

d) auch nach Verjährung der Mängelansprüche die Leistung verweigern, ohne den Mangel vorher angezeigt zu haben (§ 478 Abs. 2 BGB.);

e) auch ohne vorherige Anzeige des Mangels nach Verjährung der Mängelanzeige mit dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufrechnen (§ 478 Satz 2 BGB.).

VII. Abtretung der Rechte.

§ 21.

§ 391 Satz 2 HGB. bestimmt: Der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung der Rechte, die dem Kommissionär gegen den Dritten zustehen, von welchem er das Gut für Rechnung des Kommittenten gekauft hat, wird durch eine verspätete Anzeige des Mangels nicht berührt.

Diese Vorschrift enthält eine Einschränkung der Rechtsfolgen, welche an und für sich an die Verzögerung der Anzeige geknüpft sind. Obwohl nämlich durch die Fiktion der Genehmigung der Ware an und für sich alle Ansprüche ausgeschlossen wären, welche dem Kommittenten infolge der Mangelhaftigkeit der Ware zugestanden hätten, ist doch der Einkaufskommissionär, welcher gegen den dritten Verkäufer diese Ansprüche besitzt, auf Grund von § 391 Satz 2 verpflichtet, sie dem Kommittenten abzutreten.

Diese Ansprüche bestehen nach § 392 Abs. 2 im Verhältnis

zwischen Kommittenten und Einkaufskommissionär als Forderung des Kommittenten überhaupt. Es kann also auch auf Grund dieses Paragraphen der Kommittent Abtretung der Ansprüche des Einkaufskommissionärs gegen den Dritten von diesem verlangen. Auch ist diese Verpflichtung des Einkaufskommissionärs ein Teil seiner Herausgabepflicht nach § 384 Abs. 2 HGB. „Mit dieser Pflicht würde es nicht im Einklange stehen, wenn der Kommissionär, falls er seinerseits Ansprüche wegen der Mangelhaftigkeit der Ware gegen den Verkäufer erheben kann, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen hat, dem Kommittenten die Abtretung dieser Ansprüche unter Berufung auf die verspätete Mängelanzeige verweigern sollte."[1] Um Zweifel auszuschließen, ist also eine solche Weigerung im Entwurfe ausdrücklich für unzulässig erklärt. Es soll dem Einkaufskommissionär durch diese Vorschrift die Gelegenheit genommen werden, sich durch Benutzung einer Versäumnis seines Kommittenten auf Kosten desselben zu bereichern.

I. Die Voraussetzungen des § 391 Satz 2 HGB. sind außer den allgemeinen des § 391 Satz 1 noch folgende:

1. Die Anzeige muß *verspätet* sein. Wann sie dies ist, bestimmt sich nach den allgemeinen oben beschriebenen Grundsätzen. Sie darf nicht so spät erfolgen, daß der Einkaufskommissionär wegen seiner Anzeige an seinen Verkäufer inzwischen befriedigt ist.

Verspätet muß die Anzeige sein; auf den Fall, daß die Anzeige überhaupt unterblieben ist, bezieht sich § 391 Satz 2 nicht.[2] Wenn also die Anzeige unterlassen worden ist, kann der Kommittent sich auf § 391 Satz 2 nicht stützen. Dies dürfte wohl auch im Sinne des Gesetzgebers sein, und eine Erweiterung dieser Vorschrift auch auf den Fall einer unterbliebenen Anzeige ist deshalb nicht notwendig, da, wie oben erwähnt, von dieser Vorschrift allein der Anspruch des Kommittenten nicht abhängt, sondern auf Grund anderer Bestimmungen geltend gemacht werden kann.

[1] Denkschr. S. 236.

[2] So *Düringer-Hachenburg* Anm. 4 Satz 2a zu § 391; dagegen *Makower* Anm. III zu § 391.

2. Die Ansprüche des Kommittenten gegen den Dritten müssen bestehen noch zur Zeit der Anzeige.

Es genügt, daß sie bestehen, und der Kommittent braucht dies nur zu behaupten. Behauptet er dies, so muß durch den Einkaufskommissionär der Verpflichtung zur Zession genügt werden.[1]) Es bedarf keiner vorherigen Feststellung der Forderung. Dies wäre auch überflüssig und weder zum Vor- noch Nachteil des Einkaufskommissionärs, da er selbst einen Vorteil von einem Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung gegen den Dritten nicht hat.

II. An und für sich unerheblich ist, worauf die Ansprüche des Einkaufskommissionärs gegen seine Verkäufer beruhen.

Diese Ansprüche können deshalb fortbestehen, weil der Einkaufskommissionär seinerseits dem Verkäufer gegenüber rechtzeitig gerügt hat, oder weil der letztere dem Einkaufskommissionär gegenüber den Mangel arglistig verschwiegen hat. Sie können aber auch darauf beruhen, daß eine unverzügliche Mängelrüge für die Erhaltung der Rechte des Einkaufskommissionärs nicht erforderlich war, weil das Geschäft, das er mit seinem Verkäufer abschloß, nur ein einseitiges Handelsgeschäft war.[2])

Andererseits besteht aber auch keine Verpflichtung des Einkaufskommissionärs, sich diese Ansprüche mit Rücksicht auf eine etwaige nachträgliche Mängelrüge seines Kommittenten zu erhalten. Kann der Einkaufskommissionär gegen seinen Verkäufer Ansprüche wegen der Beanstandung der Ware nicht mehr geltend machen, so kann auch § 391 Satz 2 keine Anwendung finden.

VIII. Fall der Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware oder einer anderen Menge der Ware.

§ 22.

I. Nach der früheren Rechtsprechung wurde der Grundsatz, daß das Genehmigungsprinzip des Art. 347 nur für Qualitäts-

[1]) Zeitschr. f. HR. Bd. 40 S. 528.

[2]) Düringer-Hachenburg a. a. O.

mängel und nicht auch für Quantitätsmängel zu gelten habe, streng durchgeführt.[1]) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde nur dann gemacht, wenn die Qantität der Ware zugleich auch dazu diente, die Qualität zu bestimmen.[2])

Wurde ein aliud geliefert, so wurde oft nicht die Vorschrift des Art. 347, sondern die Grundsätze über Lieferung unbestellter Ware zur Anwendung gebracht.[3])

Die Gründe dafür, daß das neue Handelsgesetzbuch mit gewissen Beschränkungen das Prinzip des Art. 347 auch auf solche Fälle voll ausgedehnt hat, in denen nicht ein Qualitäts-, sondern ein Quantitätsmangel vorliegt, sind in der Denkschrift S. 226 zum Ausdruck gebracht. Es heißt dort: „Einerseits ist die Grenze zwischen den Fällen, in welchen eine Ware mit Rücksicht auf die Abweichung ihrer Beschaffenheit von der zu liefernden als zu einer Warengattung gehörig anzusehen ist, häufig schwer zu ziehen. Andererseits ist auch die Unterscheidung innerlich nicht berechtigt; denn selbst wenn die gelieferte Ware nach der durch das Urteil von Sachverständigen bekundeten Verkehrsauffassung zu einer anderen Warengattung als die bestellte anzusehen ist, so kann doch unter Umständen eine solche Abweichung von der Bestellung für den Verkäufer von geringerer Bedeutung sein als mancher Mangel hinsichtlich der Tauglichkeit". Die Denkschrift findet den Umstand, daß die Entscheidungen der Gerichte hinsichtlich dieser Frage den Eindruck einer gewissen Willkürlichkeit machen, infolgedessen erklärlich.

Die neue Gesetzgebung hat aber den neuen, wenn schon berechtigten Standpunkt nicht konsequent festgehalten, sondern nur auf die Fälle beschränkt, wo die Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Dadurch ist leider wieder ein Moment der Unsicherheit in die gesetzliche Regelung der hier in Betracht kommenden Fälle getragen worden; denn die Prüfung, ob die Abweichung erheblich oder unerheblich

---

[1]) ROHG. Bd. 1 S. 125, Bd. 2 S. 60, Bd. 4 S. 434 u. a.
[2]) ROHG. Bd. 15 S. 413/14.
[3]) ROHG. Bd. 7 S. 410, Bd. 14 S. 367; JurW. 1898 S. 668 Nr. 34.

ist, ist Sache des einzelnen Falles und somit nicht unbedeutenden Schwankungen unterworfen.

II. Nach § 391 findet § 378 HGB. entsprechende Anwendung, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. Es muß eine andere als die bedungene Ware geliefert sein.

Den Streit darüber, wann ein aliud vorliegt, sollte eigentlich § 378 beseitigen. Aber dies ist durch die getroffene Fassung nicht voll erreicht worden.[1]) Man wird die Frage, ob eine Abweichung der gelieferten Ware von der bedungenen Ware derart ist, daß eine andere als die bestellte Ware oder so, daß zwar die bestellte Ware behaftet mit einem Sachmangel als geliefert anzusehen ist, nur noch nach der Verkehrsanschauung mit Rücksicht auf die Erheblichkeit der Abweichung entscheiden können.[2])

Die Schwierigkeit der Unterscheidung kann sowohl beim Sonderkauf wie beim Gattungskauf vorliegen. Bei ersterem dann, wenn bei Abschluß des Kaufs die Sache noch nicht hergestellt war.

2. Es muß eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert sein.

Unter Menge ist hier jedes quantitativ bestimmbare Maß gemeint, sowohl die Anzahl der Stücke als auch das Flächen-, Hohl- und Längenmaß des zu Liefernden.

Die Abweichung in der gelieferten und bedungenen Menge kann zwei verschiedene Formen annehmen.

a) Es kann zu viel geliefert sein. Die Zuvielliefernng kann ein Sachmangel sein. Dann treten die Vorschriften über Sachmängel in Kraft. Gewöhnlich wird es aber so sein, daß in der Zuvielliefernng kein Sachmangel liegt; dann gilt das vertragsmäßige Quantum als geliefert und das „zu viel" ist „die Lieferung einer unbestellten Ware".

b) Es kann zu wenig als bedungen geliefert sein. Gemeint sind hier nicht die Fälle, wo der Verkäufer selbst seine Lieferung nur als Teillieferung aufgefaßt haben will und den Rest noch

---

[1]) Staub Anm. 1 zu § 378.

[2]) ROHG. Bd. 24 S. 405.

nachzuliefern gedenkt, sondern die Fälle sind gemeint, wo der Verkäufer Zuweniglieferung als vertragsmäßige Erfüllung verstanden haben will.

III. Die Abweichung darf nun aber nicht derart sein, daß die gelieferte Ware offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Einkaufskommissionär die Genehmigung des Kommittenten als ausgeschlossen betrachten mußte.

Der hierbei anzuwendende Maßstab ist ein objektiver, wenigstens weist die Fassung dieser Vorschrift darauf hin. Gleichgültig kann es sein, welches die subjektive Ansicht des Einkaufskommissionärs von der Ware ist, ob er sie für die bedungene hält oder nicht, und ebensowenig kommt es auf die subjektive Anschauung des Kommittenten an. „Und es kann dem Kommittenten nicht zum Nachteil gereichen, wenn der Einkaufskommissionär bei der Beurteilung der Frage, ob er auf eine Genehmigung des Kommittenten rechnen durfte oder sie als ausgeschlossen betrachten mußte, von falschen Voraussetzungen ausging.“ [1])

Es muß vielmehr objektiv die Sache so liegen, daß der Einkaufskommissionär eine Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte, weil die gelieferte Ware mit der bestellten nichts gemein hat und offensichtlich für die vertragsmäßigen Zwecke nicht verwertbar ist, und „zwar offensichtlich“ in der Bedeutung „jedem verständigen Kaufmann erkennbar“ [2]) und „zweifellos erheblich“.[3]) Der Verwendungszweck muß zum Vertragsinhalt gemacht sein. Dann bildet er den objektiven Maßstab; das schließt aber nicht aus, daß bei Beantwortung der Frage, ob Kommittent genehmigen werde, auch auf etwaige in der Person des Kommittenten liegende Besonderheiten Rücksicht genommen werden muß.[4])

IV. Liegen diese Voraussetzungen vor, „so finden die Vorschriften des § 377 Anwendung“, aber nicht nur entsprechende, sondern direkte Anwendung.

a) Der Einkaufskommissionär muß also die Ware unverzüglich untersuchen, aber nicht nur auf Qualitätsmängel, sondern

[1]) Denkschr. S. 226.
[2]) Staub Anm. 1, 6 zu § 378.
[3]) Lehmann-Ring Anm. 9 zu § 378.
[4]) JurW. 1904 S. 9 Nr. 16.

auch auf ihre Identität oder Zugehörigkeit zur Gattung und auch auf gelieferte Menge. Es wird zwar die Untersuchung auf vertragsmäßige Beschaffenheit mit der Untersuchung nach der Identität oder den Gattungseigenschaften zusammenfallen, aber es können Fälle eintreten, in denen der Kommittent geltend machen kann, daß eine unverzügliche Untersuchung der Ware zwar nicht in qualitativer, doch in quantitativer Hinsicht wegen des mit ihr verbundenen Aufwandes an Zeit und Arbeit im ordnungsmäßigen Geschäftsgang untunlich ist.

b) Er muß unverzüglich von dem „Mangel" Anzeige erstatten.

Daß hier „Mangel" nicht das richtige Wort ist, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Denn das Zuviel oder Zuwenig ist ja in den seltensten Fällen nur ein Mangel, sondern Lieferung ohne Vertrag, Lieferung zwar gelegentlich einer gemachten Bestellung, aber nicht auf Grund entsprechend der Bestellung.[1])

V. Unterläßt der Einkaufskommissionär im Falle des § 378 die Erstattung der Anzeige, so tritt die Fiktion der Genehmigung ein.

Was heißt dies aber hier, die Ware „gilt als genehmigt"? Es heißt nichts anderes, als daß der Kommittent die gelieferte Ware anstatt der bedungenen annimmt.

Liefert der Einkaufskommissionär mehr oder weniger oder eine andere als die bedungene Ware, so ist dies aufzufassen als eine neue Offerte. Erstattet der Kommittent keine rechtzeitige Anzeige, „so gilt sein Schweigen als Annahme des neuen Antrags", wie es entsprechend in § 362 HGB. heißt; denn „Schweigen" ist in diesem Falle „Unterlassen der Anzeige". Es ist also so anzusehen, als ob ein neuer Vertrag abgeschlossen worden wäre, dessen Gegenstand die tatsächlich gelieferte Ware ist, mit der natürlichen Folge, daß die Gegenleistung, wie sie als stillschweigend vereinbart gelten muß, entrichtet werden muß. Der Kommittent verliert die Ansprüche, die ihm auf Grund von § 385 infolge der nicht den Weisungen gemäßen Ausführung der Kommission gegen

[1]) Stübel S. 452.

den Einkaufskommissionär zustehen. Er muß also das Geschäft für seine Rechnung gelten lassen und hat kein Recht auf Schadensersatz.

VI. Hat der Einkaufskommissionär den Qualitätsmangel oder die Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware arglistig verschwiegen, so gelten diese Vorschriften nicht. Dem Einkaufskommittenten werden also trotz unterlassener Anzeige die Rechte erhalten, die er infolge der Übereinstimmung von Auftrag und Ausführung gegen den Einkaufskommissionär hat. Es wird dann der Fall genau so behandelt, als ob er rechtzeitig Anzeige erstattet hätte.

IX. Die Feststellung der Mangelhaftigkeit.

§ 23.

I. Hat der Kommittent vorschriftsmäßig die Mängel der gelieferten Ware angezeigt, so hat er der Vorschrift des § 377 HGB. genügt und seinen Zweck erfüllt. Für den Kommittenten wie auch für den Einkaufskommissionär wird aber nun oft ein Interesse bestehen, das über die Untersuchung und Mängelanzeige hinausgeht. Muß der Kommittent befürchten, daß es wegen der Beanstandung der Ware zu einem Prozeß kommen kann, so hat er ein großes Interesse daran, sich den Beweis der Mangelhaftigkeit u. a. m. zu sichern. Dieser Beweis kann dem Kommittenten durch natürliche Veränderung der Ware oder durch sonstige Umstände erheblich erschwert werden. Aus diesem Grunde bestimmt § 488 ZPO., daß die Sicherung des Beweises auch ohne die regelmäßigen Voraussetzungen des § 485 ZPO., d. h. ohne daß zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert würde, beantragt werden kann, „wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festzustellen sind, aus denen ein Recht gegen den Gegner hergeleitet werden soll".

Ein gleiches Interesse wie der Kommittent hat aber auch der Einkaufskommissionär an der Sicherung des Beweises. Deshalb bestimmt § 488 Abs. 2, daß der Einkaufskommissionär das gleiche Recht wie der Kommittent haben soll, wenn der Kommit-

tent ihm einen Mangel angezeigt hat oder die Annahme der Ware wegen ihrer Mangelhaftigkeit abgelehnt hat.

II. Beide Teile haben also das Recht auf Feststellung, aber eben auch nur das Recht, nicht etwa besteht eine Verpflichtung zur Feststellung. Weder die Ausübung noch die Nichtausübung oder die nur teilweise Ausübung der Befugnis benachteiligt die materiellen Rechte der Parteien irgendwo.[1]) Nur tatsächliche Vorteile gewährt die Ausübung des Rechts der Partei, zu deren Gunsten sie ausfällt, und zwar den Vorteil einer im voraus stattgefundenen Beweisaufnahme.[2]) Allerdings hat diese Feststellung keine bindende Beweiskraft für den Prozeßrichter; es bleibt vielmehr die Anfechtung dieser Feststellung beiden Teilen überlassen.

III. In den drei besonderen Fällen (§ 18 III) kommen auch die Vorschriften der §§ 477—479 BGB. in Anwendung. Der Antrag auf Sicherung des Beweises unterbricht die Verjährung (§ 477 Abs. 2 BGB.) und erhält die Einreden (§ 478 Abs. 1 BGB.). Schließlich kann der Anspruch auf Schadensersatz und der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache infolge des Stellens des Antrags auf Beweissicherung auch nach Vollendung der Verjährung aufgerechnet werden (§§ 479, 480 BGB.).

IV. Die Kosten der Beweissicherung sind nach §§ 81, 84 GKG. zunächst vom Antragsteller zu tragen. Folgt ein Prozeß auf die Beweissicherung, gehören sie zu den Kosten dieses Prozesses, wenn in diesem Prozeß von der Beweissicherung Gebrauch gemacht worden ist.[3]) Wenn es aber nicht zum Prozeß kommt, richtet sich die Erstattungspflicht nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, und zwar ist der Einkaufskommissionär dann ersatzpflichtig, wenn ihm ein schuldhaftes Verhalten bei der Lieferung zur Last fällt, oder wenn er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das zur Beweissicherung nötigte.[4])

---

[1]) JurW. Bd. 95 S. 17 Nr. 43.
[2]) ROHG. Bd. 1 S. 183, Bd. 8 S. 250, Bd. 13 S. 359.
[3]) RG. Bd. 13 S. 339.
[4]) RG. Bd. 37 S. 39.

V. § 488 ZPO. kommt aber nur dann zur Anwendung, wenn Mängel der Ware vorliegen. Dies ist aber nicht der Fall bei § 378 HGB. Folglich kann dieser Paragraph hier nicht angewendet werden.[1])

X. Die Aufbewahrungspflicht und das Notverkaufsrecht des Kommittenten.

§ 24.

Sowohl die dem Kommittenten durch den nach § 391 HGB. entsprechend angewandten § 379 HGB. auferlegte Pflicht zur einstweiligen Aufbewahrung als auch das Recht zum Notverkauf sollen dem Interesse des Einkaufskommissionärs dienen. Der Einkaufskommissionär würde oftmals in eine schwierige Lage kommen, wenn er für die beanstandete Ware sorgen müßte; es würde dies ihm in vielen Fällen nicht nur viele Kosten verursachen, manchmal würde ihm dies sogar ganz unmöglich sein. Diese Unbilligkeit soll § 379 HGB. beseitigen.

I. Nach § 379 HGB. ist der Käufer (Kommittent) verpflichtet, für einstweilige Aufbewahrung der beanstandeten Ware zu sorgen, und hat das Recht, sie unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 verkaufen zu lassen, aber nur unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen.

1. Es muß ein beiderseitiger Handelskauf vorliegen, d. h. also, Kommittent und Einkaufskommissionär müssen beide Kaufleute sein. Liegt nur ein einseitiges Handelsgeschäft oder gar kein Handelsgeschäft vor, so bewendet es bei dem, was sich aus der allgemeinen Vertragspflicht des Kommittenten zu sorgfältigem Verhalten sowie aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergibt.[2])

2. Die Ware muß von einem anderen Orte übersandt sein. § 379 findet also nur beim Distanzgeschäft, nicht auch beim Platzgeschäft Anwendung, und zwar deshalb, weil beim

---

[1]) Stübel S. 447.

[2]) Denkschr. S. 225.

Platzgeschäft ein Bedürfnis, das Interesse des Einkaufskommissionärs wahrzunehmen, nicht vorhanden ist. Beim Platzgeschäft wird regelmäßig der Einkaufskommissionär selbst in der Lage sein, seine Interessen wahrzunehmen.

§ 379 findet also nur dann Anwendung, wenn „Ablieferungsort" verschieden ist von „Erfüllungsort". Was dies bedeutet, erschöpft Staub,[1]) indem er sagt: „Die Ware muß behufs Erfüllung der dem Verkäufer (Einkaufskommissionär) obliegenden Pflichten durch die Mitwirkung eines Dritten aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers (Einkaufskommissionärs) in die des abwesenden Käufers (Kommittenten) oder einer von diesem bezeichneten abwesenden Person gebracht sein". Wenn diese Erklärung auch nicht sehr schön klingt, so enthält sie doch alle wesentlichen Merkmale. Es könnte nur das noch erwähnt werden, daß es nicht darauf ankommt, daß Ablieferungs- und Erfüllungsort weit oder nahe zueinander liegen,[2]) und daß sich die Verschiedenheit der Orte in der Regel mit der Einteilung der Ortschaften in politische Gemeinden deckt. Freilich ist dies nicht immer der Fall, und zwar dann immer nicht, „wenn der geographische Bezirk einer politischen Gemeinde mit dem Bezirke einer anderen politischen Gemeinde direkt räumlich zusammenhängt, daß sich zwischen beiden Bezirken so enge Handelsbeziehungen und derartige Verkehrsverhältnisse herausgebildet haben, wie sie sonst nur an demselben Orte bestehen.[3])

3. Die Ware muß beanstandet worden sein. Der Kommittent muß also zum Ausdruck bringen, daß er die Ware nicht behalten will und nicht für sich über sie verfügen will. Aus welchen Gründen er dies tut, ist gleichgültig, was bei § 488 ZPO. nicht der Fall war. Der Kommittent kann die Ware beanstandet haben wegen Qualitätsmängel, wegen Lieferung eines aliud, wegen Lieferung von Zuviel oder Zuwenig oder auch deswegen, weil die Lieferung zu früh oder zu spät, oder weil sie nicht nach dem vertragsmäßig bestimmten Orte erfolgt ist. Auch ist es gleichgültig, ob die Beanstandung eine berechtigte oder unberechtigte ist.[4])

[1]) Anm. 3 zu § 379.
[2]) JurW. 1896 S. 285 Nr. 22.
[3]) vgl. Staub Anm. 10 zu § 379.
[4]) ROHG. Bd. 13 S. 357.

II. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der Kommittent die Pflicht, „*für einstweilige Aufbewahrung der Ware zu sorgen*". Durch § 379 Abs. 1 soll der Einkaufskommissionär so lange vor Schaden gesichert werden, bis er selbst in der Lage ist, Sicherungsmaßregeln zu treffen. Dieser Zweck des § 379 Abs. 1 läßt dem Kommittenten viel Raum. So hat der Kommittent die Wahl, ob er selbst aufbewahren will oder dies einem zuverlässigen Dritten übertragen will, oder gelingt es ihm im Einzelfalle, seiner Pflicht für Aufbewahrung zu sorgen, dadurch zu genügen, daß er einen Dritten veranlaßt, die Ware für Rechnung des Einkaufskommissionärs auf Lager zu nehmen, so ist er nicht verpflichtet, *selbst* einstweilen Besitz zu ergreifen.[1])

Der Kommittent hat keine Verpflichtungen, Arbeit und Kosten für die *Rücksendung* aufzuwenden, andererseits hat er auch kein Recht, ohne ausdrückliches Verlangen des Einkaufskommissionärs die Ware zurückzusenden, denn § 379 soll ja gerade den Einkaufskommissionär dagegen schützen, daß noch bevor er über die Ware Verfügung treffen kann, diese zurückgesendet und mit Frachtkosten belastet wird.[2])

Der Kommittent braucht aber nur für „einstweilige" Aufbewahrung zu sorgen, d. h. wenn der Einkaufskommissionär in der Lage ist, mit Rücksicht auf die Beanstandung des Kommittenten selbst über die Ware Verfügung zu treffen, hört die Verpflichtung des Kommittenten auf. Versäumt es der Einkaufskommissionär, nach erlangter Kenntnis der Sachlage notwendige Maßregeln zu treffen, so ist der Kommittent von weiterer Verpflichtung frei.

III. Dagegen berechtigt die Beendigung der Aufbewahrungspflicht den Kommittenten für sich allein nicht, zum Notverkauf zu schreiten. Hierzu muß vielmehr die weitere Voraussetzung vorliegen, *daß die Ware dem Verderb ausgesetzt ist und Gefahr im Verzuge ist*. Diese beiden Voraussetzungen sind unerläßlich, ohne sie hat der Kommittent kein Recht zum Notverkauf. Es muß eine nahe Gefahr des Verderbens, d. h. der

---

[1]) *Düringer-Hachenburg* Anm. II, 2 zu § 379; vgl. *Lehmann-Ring* Anm. 11 zu § 270.

[2]) Denkschr. S. 225.

Zerstörung ihrer objektiven Brauchbarkeit, nicht anderer Entwertung, etwa durch sinkende Preiskonjunkturen, vorliegen.[1])

Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Notverkauf erfolgen. Der Kommittent ist aber zur Vornahme desselben nicht verpflichtet. Er hat der Pflicht genügt durch Aufbewahrung und Benachrichtigung des Einkaufskommissionärs.

Schließlich muß der Notverkauf erfolgen unter Beobachtung der Vorschriften des § 373. Er erfolgt also durch öffentliche Versteigerung oder in dem besonderen Fall, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, durch Verkauf aus freier Hand.

Wird die Ware öffentlich versteigert, so kann dies geschehen

1. durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher;
2. durch einen zu Versteigerungen befugten anderen Beamten;
3. durch einen öffentlich angestellten Versteigerer (§ 383 Abs. 1 BGB.).

Der nichtöffentliche Verkauf ist nur zulässig, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat.

Es darf ihn ein zu solchen Käufen öffentlich ermächtigter Handlungsmakler oder Kursmakler vornehmen, der Verkauf kann aber auch durch eine zu öffentlichen Versteigerungen befugte Person zum laufenden Preise bewirkt werden.

Bei beiden Formen bedarf es aber nicht der vorherigen Androhung durch den Kommittenten, da der Notverkauf nur zulässig ist bei Gefahr im Verzuge oder wenn das Verderben der Ware zu befürchten ist.

Da die Vorschriften des § 379 lediglich im Interesse des Verkäufers (Einkaufskommissionärs) sind, so darf der Notverkauf keinesfalls bei Widerspruch desselben erfolgen.[2]) Ein trotzdem erfolgter Verkauf hebt das Wandlungsrecht und das Recht, mangelfreie Ware zu erlangen, auf und verpflichtet zum Schadensersatz.

---

[1]) vgl. Staub Anm. 32 zu § 374.

[2]) ROHG. Bd. 18 S. 230.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.